연구총서 20-A-09

영장주의의 현대적 한계와 개선방안에 관한 연구

– 수사효율성과 인권보장의 미래지향적 조화를 중심으로

A Study on the Limits and Improvement of Warrant rule

윤해성·최호진·박희영·이권일

KiC
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

한국형사정책연구원

발간사

최근 정보통신기술이 발전하고 사회체계가 더욱 복잡하게 분화됨에 따라 기존의 영장주의 한계가 하나둘씩 부각되고 있습니다. 원래 영장주의는 인권보장과 수사의 효율성을 실체적으로 조화시키기 위한 제도로 출발하였습니다. 영장주의가 처음 설계되고 도입되었을 당시에는 권력분립의 원칙을 범죄 수사 실무에 구체적으로 구현해 낸 합리적인 제도로 평가할 수 있었습니다. 즉, 수사의 효율성과 인권보장의 실체적 조화라는 이념을 효과적으로 달성했다는 측면을 간과할 수 없기 때문입니다. 그러나 최근 비약적인 기술의 발달로 인하여 범죄 수법이 상상을 초월하고 있고 국경이나 관할의 경계가 무의미 해지고 있는 만큼 영장주의에 대하여 다시금 고려하지 않을 수 없습니다. 그만큼 기존 영장주의의 시스템이 현재의 환경과 충돌하면서 영장주의가 가지고 있는 한계가 점점 더 수면 위로 올라오고 있는 것을 알 수 있습니다.

주요 선진국에서는 이미 근대적인 영장주의 제도에서 탈피하여 미래지향적인 변화를 추구하고 있습니다. 예컨대, 미국은 대법원의 판례를 통해서 새로운 현상에 대하여 영장의 범위와 영역을 확대하고 있으며, 국가 안보와 같은 중요하고 긴급한 사안에 대해서는 특별 전문 법원을 만드는 등 법관의 전문성을 강화하고 있습니다. 독일의 경우는 기술적 수단을 이용한 수사에 관하여 절차법과 전문검사 제도 그리고 사후적 통제장치 등을 강화하고 있는 것을 알 수 있습니다. 이를 위해서 사전적 개선방안으로는 법관의 사전적 판단의 전문성을 보충하는 방안과 정보기술을 활용하여 영장발부의 신속성을 높이는 방안을 고려하였고, 사후적 개선방안으로는 수사 목적상 긴급한 경우에 법제도적 방안과 기술적 수단 등을 활용하여 수사 절차 전반의 투명성을 강화하는 방안을 강구하였습니다.

아울러 영상촬영이나 위치추적, 온라인 수색, 잠입수사 등 새로운 수사기법에 적합한 영장발부 절차 규정의 정비를 통하여 인권보장과 수사효율성 조화라는 두 마리 토끼를 포획하기 위한 노력을 기울였습니다. 그 단초로는 우선 사전적 단계로 영장주의의 법리적 검토에 근거하여 영장주의의 본질, 법 이론적 관점에서의 영장주의의

작동 구조 및 원리를 분석하였습니다. 그리고 영장주의의 점검 단계로는 판례와 법률, 수사 실무 사례와 수사 현장에서의 실무가 자문을 통하여 기존 영장주의의 문제점과 한계를 이론과 접목하여 비교 검토하였습니다.

특이할 만 한 점은 외국의 경우는 형사소송법상 전자영장 제도를 도입하여 신속하고도 간소화하게 영장을 발부하고 청구하고 있다는 점입니다. 그만큼 정보통신기술과 각종 매체 등의 발달에 기인하여 한시를 다투는 긴급한 사안이나 국가 안보 등 중요한 사건에 대해서는 전자영장제도를 통하여 해결하고 있는 모습을 발견할 수 있었습니다. 우리나라의 경우 2018년 6월 헌법재판소에서 통신비밀보호법 제13조 제1항에 대하여 헌법불합치 결정을 내림으로써 영장주의 위반은 아니지만 인권을 존중할 수 있는 제도적 방안을 모색하려는 뜻으로 결정이 내려졌습니다.

이러한 점을 감안하여 본 연구에서는 세계적인 추세에 걸맞게 미래지향적인 개선방안을 도출하고자 새로운 기술적 수사방법을 탐색해 보고 이에 맞는 법제도를 검토하였습니다. 그리고 영장주의가 국가권력으로부터의 안전보장과 범죄수사의 예방이라는 중첩적 영역에 놓인 만큼 인권보장과 수사효율성을 조화시키기 위한 윈(Win)-윈(Win) 전략을 모색하지 않을 수 없었습니다. 본 연구가 실체적인 조화를 아우르는 연구가 되기 위해서 우선 판례와 수사 실무상의 애로사항과 문제점을 수사 현장에서의 실무가(경찰, 검찰, 국정원 등)에게 조언을 구하였고, 교수, 변호사와 시민단체 등의 전문가 자문회의를 통해서 영장제도의 개선방안을 도출하고자 노력하였습니다. 또한 영장의 기원과 헌법적 탐구를 위해선 헌법 전문가의 고견을 듣기도 하였으며, 법사회학 내지 법철학적 시각에서의 영장주의를 파헤치기 위한 노력을 기울이기도 하였습니다. 그리고 이 연구가 실증적 연구가 되기 위해서 각종 통계와 사례, 그리고 인터넷 등 각종 매체 상의 사례를 수집하여 분석하였습니다.

아울러 본 연구의 품격을 높이고자 형법과 형사소송법의 능통한 형법학자인 단국대학교 최호진 교수님의 공동연구를 통해서 형사법적 또는 형사정책적 관점에서 영장주의를 탐문하였고, 독일의 실무와 비교법적 연구를 위해서 독일 막스 플랑크 연구소의 박희영 박사님과의 공동연구를 수행하여 독일 영장주의의 이론과 실무를 접하였습니다. 또한 영장주의는 그 태생이 헌법적인 시각을 빼 놓을 수 없는 만큼 헌법학자의 눈에서 최근의 영장주의를 바라볼 필요가 있어서 헌법재판소의 이권일 박사님에게

원고를 의뢰하였습니다. 이상 국제적인 시각에 입각하여 형사법과 형사소송법 및 형사정책, 그리고 헌법과 법철학적 관점에서 영장주의 제도를 고찰하고 심도 깊은 연구가 될 수 있도록 다각적인 방향과 관점에서 연구를 시도하였습니다.

본 연구가 수사 실무는 물론 인권을 존중할 수 있는 미래지향적인 영장주의 제도로 결실을 맺기를 바라면서 연구에 참여해 주시고 많은 조언을 아낌없이 주신 여러분과 편집과 교정을 담당한 설예지 인턴 연구원에게 다시 한번 깊은 감사를 드립니다.

2020년 12월
연구진을 대표하여
선임 연구위원 윤해성

목 차

제1장 윤해성

서론 ····· 11

제1절 연구의 목적 ····· 13

제2절 연구의 범위와 내용 ····· 19

제3절 연구의 방법 ····· 20

제2장 윤해성

영장주의의 일반적 고찰 ····· 23

제1절 개관 ····· 25

제2절 영장 현황과 실무상 문제점 고찰 ····· 27

1. 영장 제도의 일반론 ····· 27
   가. 영장의 정의 ····· 27
   나. 영장의 필요성 ····· 28
   다. 법원의 영장 청구 ····· 29
2. 영장 현황과 실태 ····· 30
   가. 구속영장 ····· 30
   나. 압수·수색·검증 영장 ····· 30
   다. 전체 사건 대비 구속영장발부 현황 ····· 31
   라. 영장 청구 현황 ····· 33
3. 관련 사례 검토 ····· 35
   가. 가정폭력 피해자 보호와 주거 진입 허용 여부 ····· 35
   나. 세무조사와 행정목적 달성을 위한 민간기업 사업장출입과 자료제출 여부 ····· 37

다. 불법체류 외국인 ····· 38
라. 기타 ····· 39
4. 수사 실무상에서의 영장주의 ····· 40
가. 개관 ····· 40
나. 사이버범죄수사팀의 현장 수사 ····· 40
다. 수사현장에서의 영장주의 ····· 43
라. 영장주의 관련 실무상 문제점과 개선방안 ····· 46
제3절 주요 판례의 동향 ····· 49
1. 2018년 6월 헌법재판소 판결 ····· 49
가. 사건개요 ····· 49
나. 판단 및 결론 ····· 50
다. 검토 ····· 56
2. 2018년 8월 헌법재판소 판결 ····· 58
가. 사건개요 ····· 58
나. 검토 ····· 59
3. 2017도 9747 대법원 판결 ····· 61
가. 원심 판결 소개 ····· 61
나. 판단 및 결론 ····· 63
다. 검토 ····· 65
4. 일본 최고 재판소 판결 ····· 65
가. 사건개요 ····· 65
나. 판단 및 시사점 ····· 66
제4절 새로운 환경에서의 영장 시스템의 활용 및 다이버전 ····· 68
1. 시민 보호의 핵심 ····· 68
2. 새로운 환경과 기술 개발 ····· 69
3. 연방형사절차 규칙 41 개정의 의의 ····· 71

제3장 최호진
영장주의의 본질과 구조에 대한 법이론 고찰 ····· 77

제1절 개관 ····· 79

제2절 영장주의의 역사적 전개과정 ····· 81
1. 영국 ····· 81
2. 미국 ····· 84
가. 수정헌법 이전 ····· 84
나. 수정헌법 제4조 ····· 86
다. 압수·수색의 범위 ····· 88
3. 독일 ····· 89
4. 소결 ····· 91
제3절 영장주의의 목적과 기능 ····· 93
1. 영장주의의 목적 ····· 93
가. 행정부의 통제 ····· 93
나. 침해의 심각성 ····· 95
다. 절차상 상황의 특수성 ····· 95
2. 영장주의의 기능 ····· 96
제4절 영장주의의 본질적 요소 ····· 98
1. 영장의 발부권자 ····· 98
가. 법관유보제도 ····· 98
나. 미국의 경우 ····· 99
다. 독일의 경우 ····· 99
라. 소결 ····· 102
2. 일반영장 금지의 원칙 ····· 103
가. 특정성의 원칙 ····· 103
나. 미국의 경우 ····· 104
다. 독일의 경우 ····· 105
라. 소결 ····· 108
3. 사전영장제시의 원칙 ····· 110
가. 사전영장의 원칙 ····· 110
나. 예외적 사후영장 허용 ····· 111
다. 영장제시의 원칙 ····· 118
4. 영장의 신청권자 ····· 127
5. 적법절차 ····· 129
6. 영장주의의 적용범위 ····· 130
가. 체포와 구속, 그리고 압수·수색 등의 강제처분 ····· 130

나. 신체·주거 이외의 기본권 침해에 대한 영장주의 적용 ····· 131
다. 형사절차 이외의 국가권력 작용에 대한 적용여부 ····· 137
제5절 영장주의의 본질적 요소 ····· 142
1. 영장주의의 기본적 내용 ····· 142
2. 영장주의의 본질적 내용 ····· 144
3. 영장주의의 적용범위 ····· 146

제4장 윤해성·최호진·박희영
해외 주요국의 인권보장과 수사효율성 조화를 위한 비교법적 고찰 ····· 147

제1절 개관 ····· 149
제2절 주요 선진국의 비교법적 고찰 ····· 150
1. 미국 ····· 150
가. 감시 관련 법제도 ····· 150
나. 전문 법원 ····· 158
다. 소결 ····· 159
2. 독일 ····· 160
가. 감시 관련 법제도 ····· 160
나. 감시 관련 수사 ····· 164
다. 소결 ····· 171
3. 프랑스 ····· 171
가. 감시 관련 법제도 ····· 171
나. 국가안보법원 ····· 172
제3절 소결 ····· 177
1. 패킷감청 및 온라인 수색의 고려 ····· 177
2. 기술적 감청 조치 및 감시 장치 설치와 통신자료 협조 의무 ····· 178
3. 주요국의 특별법원 운영과 시사점 ····· 181

제5장 박희영
영장주의의 규범적 체계와 실무 비교 분석: 독일을 중심으로 ····· 185

제1절 헌법과 형사소송법에서의 영장주의 ····· 187
제2절 법관유보제도 ····· 189
1. 법관유보의 개념 ····· 189
2. 법관유보의 역사적 발전과정 ····· 189
3. 법관유보의 의미와 목적 ····· 190
가. 중대한 기본권 제한을 위한 조정 ····· 191
나. 기본권 제한으로 도출되는 이중적 부담의 조정 ····· 192
다. 법률 보장 기능 ····· 192
라. 권력분립 기능 ····· 193
마. 예방적 권리보호 ····· 194
바. 요약 ····· 194
4. 수사법관 명령의 법적 성질 ····· 195
제3절 헌법상 법관유보 ····· 197
1. 법관유보 규범화의 헌법적 요청 ····· 197
가. 독일 기본법상의 권리구제 ····· 198
나. 공정한 재판의 원칙 ····· 200
다. 책임주의 ····· 201
2. 헌법상 법관유보 규정 ····· 202
가. 주거수색 ····· 202
나. 형사소추목적의 주거 내 음성감청 ····· 203
다. 위험방지를 위한 기술적 수단의 이용 ····· 204
라. 공무수행 중인 자의 보호를 위한 기술적 수단의 설치 ····· 205
마. 자유박탈 ····· 205
제4절 형사소송법상의 법관유보제도 ····· 206
1. 형사소송 개관 ····· 206
2. 기본권 제한의 주체 ····· 207
가. 검찰 ····· 207
나. 경찰 ····· 208

다. 수사법관 ····· 212
3. 수사법관에 대한 요구사항 ····· 214
가. 수사절차에서 법관의 심사권 범위 : 정당성 및 합목적성 ····· 214
나. 당사자에 대한 청문 ····· 215
다. 법관 명령의 형식 ····· 215
4. 형사소송법상 법률유보 유형 ····· 217
가. 수사법관의 독자적 명령권 ····· 217
나. '지체의 위험'으로 인한 예외권한 ····· 222
다. 수사기관의 독자적 권한 ····· 240
라. 비밀 수사처분에서의 법관유보 ····· 241
5. 예외권한의 적법성과 심사가능성 ····· 246
가. 예외권한의 기능과 적법성 ····· 246
나. 수사법관의 지체의 위험의 요건 심사 가능성 ····· 248
6. 권리구제 ····· 252
가. 압수대상자의 권리보호 ····· 252
나. 비밀 수사처분에 대한 권리보호 ····· 253
다. 형사소송법상의 기본권 제한 ····· 254
제5절 법관유보 실무의 문제점과 개선방안 ····· 255
1. 법관유보에 대한 경험적 연구 ····· 255
2. 법관유보 문제점 ····· 257
가. 원칙과 예외 관계의 전도현상 ····· 257
나. 수사법관의 일방적 판단 ····· 259
다. 수사법관의 부실 심사 ····· 260
라. 기타 ····· 261
3. 법관유보의 개선방안 ····· 262
가. 새로운 법관의 추가배치 및 재교육 ····· 262
나. 수사법관을 위한 법률상 특별 관할 설치 ····· 263
다. 수사법관의 결정문 형식 ····· 263
라. 수사법관의 판단에 대한 강제적인 사후 통제 ····· 264
마. 수사법관의 권한 확대 ····· 265
바. 법관유보의 적용범위의 제한과 검찰유보 ····· 265
사. 법관대기근무제의 강화 ····· 267
아. 증거사용금지 ····· 273

제6절 전자영장제도 ····· 275
1. 전자영장제도의 등장 배경과 유형 ····· 275
2. 영장 신청, 발부 및 집행 실무 ····· 276
3. 전자기록도입법률 ····· 277
가. 제정 배경 ····· 277
나. 전자영장 관련 내용 ····· 278
4. 요약 ····· 280
제7절 시사점 ····· 281
1. 이론적 측면 : 법관유보의 도그마틱 연구 ····· 281
2. 정책적 측면 ····· 281
가. 수사절차에서 검찰과 경찰의 관계 ····· 282
나. 범죄 혐의 및 비중에 의한 다양한 (비밀)수사처분과 법관유보 282
다. 기본권 침해의 정도에 따른 법관유보의 구분 ····· 283
라. 지체의 위험에 대한 법원의 심사 가능성 ····· 284
마. 비밀수사처분으로 인한 기본권 제한에 대한 권리구제 ····· 284
바. 법관유보의 개선방안으로서 법관대기근무제와 증거사용금지 ·· 284
사. 전자영장제도의 시사점 도출 ····· 285
3. 수사 실무적 관점에서의 문제점과 개선방안 제시 ····· 286
가. 논의의 전제 ····· 286
나. 정보영장의 일원화 및 집행 절차의 재정비 필요성 ····· 288
다. 압수·수색 영장 사본 집행의 문제와 전자영장제도 도입 필요성 ····· 292
라. 압수·수색 영장 위탁 집행의 문제(긴급 자료보존 요청, ISP 업자 등의 비밀준수 의무 부과) ····· 296

제6장 윤해성·이권일
헌법과 법정책적 관점에서의 기본권침해 및 인권과의 조화 299

제1절 개관 ····· 301
1. 헌법상 영장주의 본질의 재음미 ····· 303
가. 영장주의의 본질 ····· 303

나. 영장신청권자 관련 재논의 ····· 304
다. 영장발부권자 관련 재논의 ····· 306
라. 영장의 형식과 제시 관련 재논의 ····· 309
마. 영장주의의 적용 범위 ····· 310
2. 수사효율성과 기본권 보장의 조화 ····· 312
가. 영장주의 위반 시의 효과 ····· 312
나. 영장 집행으로 인한 구제 방안 검토 ····· 312
다. 변호인의 업무상 비밀유지의무와의 충돌 문제 ····· 313
라. 각종 특별법상 행정조사시 개인정보보호 ····· 315
마. 새로운 수사기법과 영장주의 ····· 317
3. 새로운 수사기법에 대한 영장주의 적용에 관한 헌법적 검토 ····· 336
가. 영장주의 적용범위의 확대 가능성 ····· 336
나. 강제수사에 대한 영장과 법원 허가의 차이 ····· 339
다. 전자영장제도에 관한 헌법적 검토 ····· 344
4. 전자영장제도의 필요성과 한계 ····· 349
5. 사전적 또는 사후적 영장제도의 개선방안 제시 ····· 372
6. 정보인권과의 실제적 조화를 위한 법정책적 방안 ····· 374
가. IT기본권의 의의 ····· 374
나. 정보인권과의 조화 ····· 377
다. 가칭 특정전자정보 이용 및 정보인권 보호에 관한
입법안 제시 ····· 389

제7장 윤해성

결론 ····· 403

참고문헌 ····· 423

Abstract ····· 445

부록 ····· 449

표 차례

[표 2-1] 최근 5년간 구속 영장 현황 ····· 30
[표 2-2] 최근 5년간 압수수색검증 영장 현황 ····· 31
[표 2-3] 2012-2019년 전체 사건 대비 영장 현황 ····· 32
[표 2-4] 2014-2018년 영장 청구 현황 ····· 33
[표 4-1] 저장통신법(SCA) 세부내용 ····· 152
[표 4-2] 외국의 형사사법제도 개요 ····· 182
[표 5-1] 비밀수사처분의 보충성 조항 ····· 243
[표 5-2] 개별적 비밀 수사처분의 명령권한 ····· 245
[표 7-1] 한국 헌법과 독일 기본법 강제처분 관련 조항 비교 ····· 408
[부록 표] 독일의 개별적 처분 현황 ····· 490

그림 차례

[그림 2-1] 구속영장 청구 및 발부, 기각현황 ····· 33
[그림 6-1] 일본의 형사사법 IT화 ····· 358

국문요약

1. 연구의 목적

우리 헌법은 제12조에서 신체의 자유를 규정하면서 신체자유의 제한의 한계에 대해 자세하게 규정하고 있다. 특히, 형사사건의 경우 최소한 헌법 제12조에 규정된 적법절차에 따라 개인의 자유가 보호 및 제한될 수 있다는 것을 천명하고 있다. 또한 헌법 제12조 제3항은 형사절차에 있어서의 영장주의에 대해 규정하고 있는데, 영장주의는 형사절차에 있어서 국가(공권력)의 기본권 제한으로부터 기본권 주체를 보호하기 위한 중요한 제도로 기능한다는 점을 명시하고 있다.

2018년 6월 헌법재판소는 '통신사실 확인자료 요청'제도를 규정하고 있는 통신비밀보호법 제13조 제1항이 영장주의에 위배된다고 할 수는 없으나 "법원이 허가를 담당한다는 사정만으로 수사기관의 제공 요청 남용에 대한 통제가 충분히 이루어지고 있다고 단정하기 어렵다"는 이유로 침해의 최소성이 인정되지 않으므로 과잉금지원칙에 반한다고 판시하였다. 이러한 헌법불합치의 주된 논거로 법관이 확인된 사실관계를 바탕으로 기본권이 제한되더라도 수사의 "필요성"이 인정된다고 판단하여 허가한 경우에 영장주의라는 형식을 갖추었다고 하더라도 강제수사가 정당화될 수 없다는 점을 명시적으로 확인한 셈이다.

영장주의는 근대적 권력분립원칙에 입각하여 실체적 진실을 발견하기 위하여 필요한 범죄수사가 이루어질 수 있도록 허용하면서도 효과적으로 수사권의 남용을 통제하는 장치로 기능하였다. 그러므로 영장제도는 수사 효율성을 유지하면서도 수사권의 남용을 통제하는 기능을 그동안 수행해 왔었던 것이다.

그러나 최근 기술이 발전하고 사회체계가 복잡해지면서 영장주의의 한계가 점점 수면위로 모습을 드러내고 있는데, 이는 곧 과거의 법제도와 수사기법이 시대에 뒤쳐진다는 비판과 맞물리면서 기본권과 충돌하는 양상을 보이게 되는 기이한 구조가 연출되고 있다. 더 나아가 각종 특별법에 의하여 형사소송절차의 핵심가치인 영장주

의가 사실상 형해화 되는 영역도 등장하고 있다.

이미 주요 선진국에서는 영장주의의 미래지향적 변화가 확인되고 있다. 예컨대, 미국은 대법원의 판례를 통해 새로운 현상에 대하여 영장의 범위와 영역을 확대하고 있으며 국가안보 등 특별한 사안에 대한 전문법원을 만드는 등 법관의 전문성을 강화하고 있다. 독일의 경우 법관의 사전적 통제의 한계를 극복하기 위하여 법관 이외의 전문가가 영장발부절차에 참여하는 방안이 논의되고 있으며, 특히 정보적 자기결정권의 실효적 보장을 위하여 수사목적상 긴급한 경우 절차의 투명성을 확보하고 사후적으로 전문성을 갖춘 기관이 수사과정을 검토하도록 하는 방안이 모색되고 있다.

한국의 경우는 민사소송 분야에서는 이미 일반적인 전자소송이 도입되어 2011년 5월 2일부터 전국 법원에서 전자소송이 시행되고 있다. 이러한 전자화 흐름에 부응하여 경찰, 검찰, 법원, 법무부(교도행정) 등 모든 영역의 형사사법기관들은 전자시스템을 구축하여 업무절차를 전자화하고, 독자적으로 시스템을 운영하여 통제 및 지원하고 있다. 그렇지만, 문제는 형사사법기관을 넘어서 절차가 이행될 때에는 전자적인 흐름이 단절되고 정보의 이전은 종이기록에 의한 전통적인 방법에 의한다는 점이다. 결국, 시대적 흐름에 맞는 영장주의를 어떻게 합리적이고 인권보장적인 시스템으로 구축할 것인지에 대한 해결해야 할 과제가 주어진 셈이다.

2. 연구의 범위와 내용, 그리고 방법

본 연구는 영장주의의 한계 현상 등을 판례와 법률, 수사실무 사례 등을 근거로 정리하였다. 그리고 수사효율성과 개인의 기본권 보호라는 양 측면을 새롭고 급변하는 기술 환경에서 어떻게 조화롭게 해석할 것인지, 즉 수사를 위한 기본권 제한의 한계를 어떻게 설정할 것인지와 관련하여 먼저, 영장주의의 법리적 검토를 분석하였다. 이에 영장주의의 본질을 검토하고 법이론적, 헌법적 관점에서 영장주의의 작동구조 및 원리를 분석하였다. 또한 미국, 독일 등 주요 선진국의 인권보장과 수사효율성 조화를 위한 영장제도를 살펴보기 위해 미국의 전자영장제도와 전문법원을 검토하였고, 독일의 기술적 수단을 이용한 수사에 관한 절차법, 전문검사 제도, 사후적 통제장치 강화방안 등을 살펴보았다. 이를 바탕으로 국제적 기준에 맞는 우리 형사절차법상의 강제수사방법의 개선방안을 인권보장의 조화 속에서 검토하였다.

먼저, 형사소송법상의 구체적인 논의를 진행하기 전에 헌법이 규정하고 있는 영장주의의 본질과 제한, 그리고 한계에 대해 그동안 논의되지 않았던 부분, 다시 말해서 영장주의를 통해 보호하고자 하는 헌법상 개인의 기본권은 구체적으로 무엇인지, 그 기본권은 현재의 지능정보사회에서 어떻게 보호되어야 하는지, 그리고 영장으로 인해 제한되는 개인의 기본권의 제한과 한계는 어떻게 설정되어야 하는지, 나아가 이를 통해 영장주의와 기본권 보장은 어떻게 조화될 수 있을 것인지에 대해서 촘촘히 살펴보았다.

그리고 현행 영장주의의 개선방안 및 실효적 개선 방안을 구체적으로 제시하기 위해서 먼저 사전적 개선 방안으로 법관의 사전적 판단의 전문성을 보충하는 방안, 정보기술을 활용하여 영장발부의 신속성을 높이는 방안 등 현행 영장 절차의 개선방안을 도출하는데 주력하였다. 그 다음 사후적 개선 방안으로 수사목적상 긴급한 경우 법제도적 방법·기술적 수단 등을 활용하여 수사절차 전반의 투명성을 강화하고 사후적으로 법적·기술적 전문성을 갖춘 기관의 통제를 받도록 하는 방안을 검토하고 시사점을 제시하고자 노력하였다.

나아가 21세기 특수성을 반영하여 영장주의를 통한 범죄수사의 효율성과 기본권 보호라는 실정에 맞게 영장주의의 현 위치를 객관적으로 파악해 보고 이를 토대로 형사법적인 관점에서의 영장제도를 검토하고 그 시사점을 도출하고자 이론과 실무, 그리고 헌법적 내지 법철학적 논의를 발전시켜, 필요선상에서 종합적인 정책제언을 제시하는 것이 연구의 핵심이다.

이러한 연구를 도출하기 위하여 우선 판례, 사례, 법률 등 조사를 하였고, 국내외 관련 논문과 연구보고서 등 문헌 연구를 위주로 수행하였다. 원래는 해외 출장을 통해 주요 선진국의 영장제도 운영의 최신 변화내용을 파악하고 실무상 실제 운용 절차에 대한 이해를 높이려고 했으나 코로나로 인하여 불가피하게도 해외 공동연구와 자문회의를 중점적으로 활용하였다.

그리고 한국적 실정을 감안하여 실무가 입장에서의 경험과 수사 실제에 있어서의 영장제도의 문제점을 파악하고 이에 대한 개선방안을 도출하기 위하여 경찰청과의 협력 하에 현)수사실무가의 자문을 받았고, 전)검찰, 국가정보원 등의 자문을 바탕으로 그동안의 영장제도의 문제점을 고찰하였다. 더불어 실제 영장을 발부하고 있는 판사

의 경험담을 듣고자 자문회의를 통하여 현재 영장주의의 폐단이라고 할 수 있는 문제점과 개선방안을 도출하였다.

나아가 연구의 완성도를 높이고자 형사법적인 차원에서의 영장주의의 이론적 검토를 위하여 단국대학교 산학협력단과의 공동연구를 실시하였고, 독일의 영장제도와 실무상 실제 운용 절차에 대한 이해를 높이고자 막스 플랑크 연구소와 공동연구를 수행하였다. 마지막으로 헌법적 내지 법철학적 시각에서의 기본권 조화를 검토하기 위하여 헌법 및 법사회학 내지 법철학 분야의 전문가에게 원고를 의뢰하여 헌법과 법정책적 성과를 통하여 연구의 품격이 한층 더 높아졌다. 이러한 종합적인 관점에서 우리나라의 영장제도의 현황을 정확히 진단하고 분석하여 미래지향적이고 효과적인 정책을 모색하는데 주력하였다.

3. 주요 내용

가. 근대적 권력분립원칙에 입각한 범죄수사의 필요성

영장주의는 형사절차 이외에도 다른 국가권력 작용에도 적용될 수 있는가에 대한 문제, 그리고 영장주의는 신체·주거 이외의 다른 기본권 침해에도 적용될 수 있는지에 대한 문제 역시 중요하다. 더불어 강제처분의 실질이 신체의 자유에 대한 제한이라면 형사절차뿐만 아니라 행정절차에서도 영장주의가 적용되어야 한다는 입장, 강제처분의 목적에 의하여 영장주의의 적용범위가 달라져서는 안 된다는 입장, 헌법 제12조 제3항에 따라 형사절차만을 그 적용대상으로 한다는 입장이 논의되고 있다. 이에 선행연구와 판례의 입장을 정리한 후 영장주의의 본질에 비추어 영장주의의 적용범위에 대한 검토를 진행하였다.

또한, 영장 현황으로 구속영장과 압수수색검증 영장의 현황을 살펴본 다음 관련 사례를 검토하고 수사 실무상에서 본 영장주의를 사이버범죄, 일선 수사관이 현장에서 느끼는 영장관련 문제점 등을 소개한 후에 헌법재판소의 판결과 대법원 판결을 차례 차례 소개 및 검토하였다. 그리고 일본의 최고재판소 판결을 소개한 후에 새로운 환경에서의 영장 시스템의 다이버전화를 고민하였다.

나. 영장주의의 본질과 구조에 대한 법이론 고찰

영장제도는 영미법계에서 유래한 제도로 그 기본적 내용은 신체의 자유를 침해함에 있어서, 즉 강제처분에 있어서는 독립적이고 중립적인 법관의 판단에 따라 발부한 영장에 의하여 이루어져야 한다는 것을 의미한다. 우리나라 헌법에 의하면 법관에 의한 영장발부의 원칙, 사전영장발부의 원칙, 영장제시를 규정하고 있으며, 비교법적으로 드물게 검사를 영장의 신청권자로 규정하고 있다. 여기서는 영장주의와 관련하여 헌법은 법관에 의한 영장발부의 원칙, 사전영장의 원칙, 영장제시의 원칙, 검사의 신청과 법관의 발부를 중심으로 해석론을 전개하였다.

구체적으로는 영장주의의 본질적 내용과 그 구조를 파악하는 것을 주된 목적으로 영장주의에 대한 헌법적 관점뿐만 아니라 소송법적 관점에서 법이론적 기초가 무엇이며, 핵심표지와 기본원리사상에 대하여 조명하였다. 영장주의의 본질과 그 기본적 내용이 무엇인가에 대한 검토를 위해 영장주의의 기원과 외국의 입법례에 대한 논의를 기초로 전개하였고, 역사적 관점과 비교법적 관점에서 나타난 영장주의의 기본적 요소에 대해서 설명한 후 헌법에 나타난 표현으로는 사전영장의 원칙, 영장제시의 원칙, 법관에 의한 영장발부의 원칙, 적법절차의 원칙, 사후영장제도, 일반영장금지의 원칙 등 헌법상 표현된 영장주의에 대한 내용을 검토하였다. 그리고 영장주의의 기본적 내용과 관련해서는 일반영장의 금지, 법집행기관의 재량 제한, 중립적이고 독립적인 법관에 의한 판단, 영장발부를 판단함에 있어서 상당한 이유 등을 검토하였다.

이 가운데 특히, 영장주의의 본질에 대한 가장 핵심적인 내용은 수사기관에 의한 형사절차상 기본권 침해에 대한 판사의 개입을 의미하는 '법관유보제도'이다. 강제처분에 대해서는 독립성이 보장된 법관의 결정에 맡기려고 하는 것이 헌법의 이념인 만큼 독립적이고 중립적인 제3의 기관에 의한 영장의 발부가 핵심내용이다. 특히 일반영장금지의 원칙은 온라인수색과 같이 첨단수사기법과 관련되어 있기 때문에 일반영장 금지의 원칙에 대한 논의는 물론 전자영장 제도 도입과 활성화에 대한 논의 역시 중요하다고 판단하여 이를 심층적으로 논의하였다.

더불어 우리나라 헌법에 명문으로 규정되어 있지 않는 영장신청권자를 살펴보았고, 영장주의의 적용범위와 관련하여서도 살펴보았는데, 통신비밀보호법의 통신제한조치, DNA신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률에 따른 디엔에시감식시료채취영장

등과 같이 과학적 수사기법이 형사절차와 관련되어 있다면 영장주의는 적용되어야 한다는 관점에서 접근하여 검토하였다.

그리고 영장주의가 국가권력에 의한 인신의 구속이 있을 경우 법관에 의한 유보를 핵심적인 표지로 한다는 점을 고려한다면, 형사절차 이외에도 행정조사 등과 같은 국가권력 작용에서 인신의 구속을 통하여 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 적용되어야 할 것이다. 아울러 시민의 입장에서는 인신의 구속이 형사절차이든 행정절차이든 본질적 차이가 없다는 것이 주된 이유라는 점 역시 고려해야 하므로 이에 대하여 집중적으로 조명하였다.

다. 해외 주요국의 인권보장과 수사효율성 조화를 위한 비교법적 고찰

해외 주요 선진국의 경우 인권보장과 수사효율성을 조화롭게 운영하기 위하여 여러 가지 법제도를 제·개정하여 시행하고 있다. 미국은 전자영장제도, 전문법원의 전문영장제도 등을 진작부터 시행하여 운영하고 있으며, 대법원의 판례를 통해 새로운 현상에 대하여 영장의 범위와 영역을 확대하고 있다.

독일은 기술적 수단을 이용한 수사에 관한 절차법과 전문검사제도, 사후적 통제장치 강화방안 등을 마련하여 시행하고 있다. 이를 위해 사이버범죄 전문 검사제도 및 기술적 수단을 이용한 감시 근거법제의 운용실무, 그리고 사후적 수사권 통제장치를 시행하고 있다. 가령, 독일은 법관의 사전적 통제의 한계를 극복하기 위하여 법관 이외의 전문가가 영장발부절차에 참여하는 방안이 논의되었으며, 정보적 자기결정권의 실효적 보장을 위하여 수사목적상 긴급한 경우 절차의 투명성을 확보하고 사후적으로 전문성을 갖춘 기관이 수사과정을 검토하도록 하는 방안이 모색되었다.

따라서 수사의 효율성면에서 각종 감시 관련 법제도를 시행하고 있으므로 이를 검토한 다음, 인권보장 측면에서 시스템을 살펴보았다. 그리고 이를 바탕으로 우리 형사절차법상 강제수사 방법의 개선방안을 도출하였다.

라. 영장주의의 규범적 체계와 실무 비교 분석: 독일을 중심으로

독일 형사소송법의 수사절차에서 수사기관의 처분은 시민들의 자유권을 제한할

가능성이 있는데, 자유권은 독일 기본법(헌법) 제2조 제1항의 행위의 자유나 개별적인 경우 제10조의 통신비밀 및 제13조의 주거의 불가침을 보호하기 때문에 이러한 기본권이 보호하는 생활영역을 보호영역이라 부른다. 이러한 보호영역에서 행해지는 사람의 행동(Verhalten)을 기본권의 행사라고 하며, 기본권은 국가의 제약행위에 대하여 개인의 주관적 방어권을 보장하고 있다.

기본권의 보호영역에서 이러한 제약은 기본권 행사에 영향을 미치는 국가의 처분을 통하여 발생하는데, 이러한 제약이 정당화되는 경우를 기본권 제한(Beschränkung)이라 하고, 정당화되지 못하는 경우를 기본권 침해(Verletzung)라고 한다. 기본권 제약은 국가를 통해서 기본권 보장이 축소되는 것을 의미하므로 개별 법률에서 기본권을 제약하는 규정들은 일단 입법자에 의해서 정당화되므로 이를 이론적으로 검토하였다.

그 결과, 시사점으로는 법관유보와 관련하여 헌법과 형사소송법에 공통적으로 적용될 수 있는 도그마틱 연구가 폭넓게 연구되어 할 필요가 있다는 것을 언급하였다. 가령, 법관유보의 의미와 목적, 수사법관 명령의 법적 성질, 형사소송에서 법관유보 규범화의 헌법적 요청, 수사절차에서 법관의 심사권의 범위, 지체의 위험을 이유로 한 예외권한의 적법성과 심사가능성 등은 앞으로 심도 있는 연구가 필요함을 강조하였다.

정책적 측면에서는 수사절차에서 검찰과 경찰의 관계를 살펴보고 독일에서 중점검찰청이 설치된 배경을 이해하였다. 실무에서 경찰이 경미범죄나 중간정도의 범죄 등 일상적인 범죄를 검찰의 관여 없이 수사를 하고 있다 하더라도 법적 판단은 여전히 검찰에 남아있는 것을 확인하였다. 이러한 점에서 우리나라의 현재 검찰과 경찰의 수사권 조정과 비교해 보면 몇 가지 시사점을 도출할 수 있었다. 우선 검찰의 직접 수사권이 6가지 주요범죄로 축소되었는데, 이것은 독일의 중점검찰청의 외양과 유사하다. 물론 우리도 현재 중점검찰청을 운영하고 있지만 앞으로 주요범죄의 수사를 더욱 전문화할 수 있는 계기가 될 수 있는 것을 확인할 수 있었다.

범죄 혐의 및 비중에 의한 다양한 (비밀)수사처분과 법관유보와 관련해서는 수사절차에서 기본권 제한은 기본적으로 공개로 행해진다. 하지만 형사소송의 목적을 달성하기 위해서 당사자 몰래 비공개로 수행되는 경우가 있다. 특히 정보통신기술의 발전으로 비밀수사처분의 유형은 계속 늘어나고 있는 상황이다. 현재 우리나라의 형사소

송법에 규정되어 있지 않는 독일의 다양한 비밀 수사처분으로는 데이터비교조사(제98a조), 암호통신감청(제100a조), 온라인 수색(제100b조), 주거내 음성감청(제100c조), 주거외 음성감청(제100f조), 주거외 촬영 또는 기술적 처분(제100h조), 가상기지국수사 및 비밀 SMS 수사(제100i조), 신분위장수사관(제110a조), 장기감시(제163f조) 등이 있다. 규범적으로는 비밀수사처분이 아니지만, 실무에서는 비밀수사처분으로 운영되고 있는 통신사실확인자료수집(제100g조)에서 통신기지국수사나 이용대기상태의 휴대전화위치정보수집 등도 여기에 해당되므로 이에 대하여 자세히 검토하였다.

한편, 비밀수사처분은 거의 대부분 보충성 조항을 두고 있다. 보충성 조항은 그 정도에 따라서 다음 네 가지로 구분하고 있다. 즉 필요한 경우, 성공할 가망이 적거나 어려운 경우, 성공할 가망이 현저히 적거나 어려운 경우, 가망이 없거나 본질적으로 어려운 경우 등이다. 이에 대하여 독일 형사소송법은 기본권 제한의 정도가 심한 비밀수사처분의 경우 사생활의 핵심영역의 보호를 규정하고 있는 것을 알 수 있는데, 예를 들면, 전기통신감청(제100a조), 온라인수색(제100b조), 주거내 음성감청(제100c조)이 그것이다. 이와 같이 세세한 구성요건을 가진 비밀수사처분은 수사법관의 영장심사나 수사기관의 수사 활동에 명확한 기준을 제시함으로써 자의적인 해석을 방지하는 역할을 하고 있는 것을 확인할 수 있었다.

기본권 침해의 정도에 따른 법관유보의 구분과 관련해서는 독일 형사소송법은 수사법관의 독자적 명령권과 수사법관이 기본적으로 사전 명령권을 갖지만 지체의 위험을 이유로 수사기관에게 허용되는 기본권 제한 권한을 구분하여 규정하고 있는 것을 살펴보았다. 기본권 침해의 정도가 가장 심한 온라인 수색 (형사소송법 제100b조, 제100e조 제2항)이나 주거내 음성감청 (형사소송법 제100c조, 형사소송법 제100e조 제2항)의 경우에는 법관만이 명령권한을 가지며, 지체의 위험이 있는 경우에도 검찰에게 명령권한을 부여하지 않는다. 또한 전기통심감청이나 암호통신감청의 경우에 법관이 명령권을 갖지만, 지체의 위험이 있는 경우에 예외적으로 검찰도 명령권을 가진다. 하지만 검찰수사관의 경우, 신청권은 물론 예외적인 긴급권도 갖지 않는다. 이는 과거의 통신사실확인자료 수집의 경우에도 마찬가지다. 이 점은 사법경찰관도 긴급한 사유로 과거의 통신사실확인자료의 제공을 요청할 수 있는 우리나라의 경우와 다르므로 이에 대한 시사점을 제시하였다. 이외에도 지체의 위험에 대한 법원의 심사 가능성,

비밀수사처분으로 인한 기본권 제한에 대한 권리구제, 법관유보의 개선방안으로서 법관대기근무제와 증거사용금지 등을 살펴보았다.

그 가운데 특히 중요한 것은 최근 부각되고 있는 전자영장제도와 관련해서 논의를 하고 이에 대한 시사점을 도출한 점이다. 독일에서는 전기통신감청의 경우에는 현재 영장 청구와 발부 및 집행에서 전자영장이 활용되고 있는 것을 실무적 차원에서 집중 조명하였고, 독일 실무에서는 이미 전자영장이 광범위하게 이용되고 있으며, 이제는 전자영장이 규범화되어 '사법 부문의 전자기록 도입 및 관련 전자적 법적교류 개선에 관한 법률'의 제정으로 전자영장제도가 2018년 1월 1일부터 사실상 도입되었다. 이 법률은 전체 형사절차, 즉 수사절차에서 '형집행절차'에 이르는 전 과정에서 생성되는 모든 기록을 전자적으로 작성하고 전송하며 보관하는 규정을 형사소송법에 도입함으로써 형사절차의 전자소송을 목적으로 제정되었다. 이 법률에 따르면 2026년 1월 1일부터 형사소송법의 모든 기록이 전자적으로 작성되어 전송되어야 한다. 이제 영장도 전자적으로 작성되어 전자적으로 청구, 발부 및 집행될 수 있게 되었다. 이에 전자영장제도가 갖는 의미와 실효성 등을 중점적으로 고찰하는데 주력하였다.

특히, 각론적으로는 수사 실무적 관점에서의 문제점과 개선방안 제시를 위해서 한국의 수사 실무적 관점에서의 문제점과 개선방안을 제시하였고, 최근 '5G 기술 및 클라우딩 환경의 보급'과 'IT기기의 암호보안 기술의 발전'에 따라 수사기관은 대물적 강제수사에 있어 새로운 난관에 직면하고 있는 실정을 고려하여 실무적으로 논의되고 있는 대표적으로 문제를 중심으로 검토하였다. 가령, 정보와 관련된 압수·수색영장(이른바 '정보영장')의 일원화 및 집행 절차 재정비 필요성과 개선방안, 압수수색영장 사본 집행의 문제와 전자영장제도 도입 필요성을 중심으로 이론과 실무를 병행하여 검토하였다. 나아가 압수수색영장 위탁 집행의 문제(긴급 자료보존 요청, ISP 업자 등의 비밀준수 의무 부과)를 중심으로 개선방안을 도출하여 각종 제도 및 정책적인 장치를 시사하였다.

마. 정보인권과의 실제적 조화를 위한 법정책적 방안

이상을 바탕으로 헌법과 법정책적 관점에서의 기본권 침해와 인권과의 조화를 위하여 먼저 헌법상 영장주의의 본질을 다시 한번 재음미 해보고, 수사 효율성과 기본권

보장의 조화를 꾀하였다. 그런 다음 새로운 수사기업에 대한 영장주의 적용에 관한 헌법적 검토를 통하여 전자영장제도의 필요성과 한계를 재 짚어 본 다음 사전적 또는 사후적 영장제도의 개선방안을 제시하였다.

입법안과 관련해서는 그동안의 논의를 바탕으로 인권을 존중하면서 수사실무에 적합한 제도를 도출하기 위해서 헌법과 법철학적 관점에서의 기본권침해 및 인권과의 조화를 꾀하려고 시도하였다. 이에 새로운 기술의 발달에 따른 사회의 변화와 국민의 인식의 변화, 그리고 새로운 기술의 적용으로 나타나는 여러 장단점들이 고려되어야 하겠지만, 무엇보다 중요한 것은 영장주의를 헌법으로 보장하고 있는 본질에 대한 헌법적 논의가 필요하다는 결론 하에 영장주의는 국민의 기본권을 제한하는 공권력의 행사를 어떻게 정당화시킬 수 있는지의 문제에서 출발하여 기술의 발달에 따라 국민의 기본권이 어떻게, 어느 정도로 제한되고 있는지, 실체적 진실의 발견이라는 수사를 위해 국민의 기본권은 어느 정도까지 양보되어야 하는지를 신중하게 논의한 끝에 '가칭' "특정전자정보 이용 및 정보인권 보호에 관한 입법안"을 제시하였다.

제 1 장

서 론

윤해성

제1장

서 론

제1절 | 연구의 목적

우리 헌법은 제12조에서 신체의 자유를 규정하면서 신체자유의 제한의 한계에 대해 자세하게 규정하고 있다. 특히, 형사사건의 경우 최소한 헌법 제12조에 규정된 적법절차에 따라 개인의 자유가 보호 및 제한될 수 있다는 것을 천명하고 있다. 이런 의미에서 형사소송법은 헌법 제12조의 구체화법이라는 할 수 있다. 또한 헌법 제12조 제3항은 형사절차에 있어서의 영장주의에 대해 규정하고 있는데, 영장주의는 형사절차에 있어서 국가(공권력)의 기본권 제한으로부터 기본권 주체를 보호하기 위한 중요한 제도로 기능한다는 점을 명시하고 있다. 이처럼 헌법은 공익에 해당하는 실체적 진실의 발견을 위해 공권력에 의한 강제수사가 인정되는 범위와 침해되는 개인의 신체, 또는 사생활 보호라는 기본권의 형량을 정당화시키는, 즉 과잉금지원칙과 법률유보원칙 등에 반하지 않는 영장주의 원칙을 관철시켜 왔었다.

그러나 2018년 6월 헌법재판소는 '통신사실 확인자료 요청'제도를 규정하고 있는 통신비밀보호법 제13조 제1항이 영장주의에 위배된다고 할 수는 없으나 "법원이 허가를 담당한다는 사정만으로 수사기관의 제공 요청 남용에 대한 통제가 충분히 이루어지고 있다고 단정하기 어렵다[1)]"는 이유로 침해의 최소성이 인정되지 않으므로 과잉금지 원칙에 반한다고 판시하였다. 이러한 헌법불합치의 주된 논거로 법관이 확인된 사실관계를 바탕으로 기본권이 제한되더라도 수사의 "필요성"이 인정된다고 판단하여 허가한 경우, 즉, 영장주의라는 형식을 갖추었다고 하더라도 강제수사가 정당화될

1) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06) 참고.

수 없다는 점을 명시적으로 확인한 셈이다.

사실 영장주의는 근대적 권력분립원칙에 입각하여 실체적 진실을 발견하기 위하여 필요한 범죄수사가 이루어질 수 있도록 허용하면서도 효과적으로 수사권의 남용을 통제하는 장치로 기능하였다. 그러기 위해서 영장주의는 필요최소한의 범위 내에서 기본권을 제한하는 강제수사를 가능하게 하면서도, 그 과정에서 법률전문가인 법관이 수사의 범위와 방법을 구체적으로 통제하도록 함으로써 기본권이 과도하게 침해되지 않도록 마련된 비교적 오래되고 숱한 시민운동과 혁명을 통해서 검증된 제도인 것이다. 결국, 수사의 유동적 특성으로 인하여 법률로 상세하게 열거할 수 없는 기본권을 제한하는 수사방법을 필요에 따라 적절히 활용할 수 있도록 포괄적 허용 규정을 추상적으로 마련한 후 이를 법관이 구체적 사안을 확인 및 판단하여 허용 여부를 결정하도록 한 제도이다. 따라서 영장제도는 수사 효율성을 유지하면서도 수사권의 남용을 통제하는 기능을 그동안 수행해 왔었다. 지금까지는 영장주의를 통해 수사효율성과 개인의 기본권 보장의 실체적 조화라는 이념을 어느 정도 오차 범위 내에서 효과적으로 달성해 왔다고 평가할 수 있었다.

그러나 최근 기술이 발전하고 사회체계가 복잡해지면서 영장주의의 한계가 점점 수면위로 모습을 드러내고 있는데, 이는 곧 과거의 법제도와 수사기법이 시대에 뒤쳐진다는 비판과 맞물리면서 기본권과 충돌하는 양상을 보이게 되는 기이한 구조가 연출되고 있는 상황이다. 그 이유를 차근차근 살펴보면 다음과 같다.

첫 번째, 과거 오프라인 상의 수사 환경이 최근 첨단기술이 발전하면서 법률전문가인 법관의 유한한 지식범위 내에서 기본권 제한의 비례성을 판단하기 어려운 경우가 크게 증가하고 있는 것을 들 수 있다. 예컨대 통신사실 확인자료의 요청이나 스파이웨어(spyware)를 이용한 온라인 수색, 기술적 수단을 이용한 주거감시, 또는 이른바 패킷감청 등 새로운 기술적 수사방법이 등장하면서 기본권의 질과 양, 기본권을 더 적게 제한하는 수사방법의 실현 가능성, 수사의 효율성이 저해되는 정도 등에 대한 판단은 과학기술에 대한 고도의 이해가 전제될 때 비로소 가능하다. 이는 종전 인신을 구속하거나 주거에 들어가 수색하는 경우에 비해 훨씬 높은 수준의 전문지식이 요구되며, 매우 복잡하고 다원적인 가치의 비교형량이 필요할 뿐만 아니라, 더 나아가 그 판단에 대하여 보편적 지지를 받는 논거를 제시하기가 상대적으로 어렵기 때문에

다른 종류의 전문지식에 근거한 비판에 취약한 경우가 많다.

이처럼 오랜 역사를 통해 이미 확립되고 법리적으로 수용된 가치기준으로부터 비교형량의 준거를 찾기 어려운 경우, 즉 새롭게 자리 잡고 있는 기본권을 제한하기 위하여 첨단 과학기술을 적용한 수사방법을 허용할지를 판단해야 하는 경우에, 다양한 전문영역에 대한 깊이 있는 지식이 요구되기 때문에 법관의 판단은 해당 사안에 대하여 더 많은 정보를 가지고 있는 수사기관의 판단에 의존하는 경향이 강해질 수밖에 없다.[2] 그래서인지 헌법재판소 결정례에서도 적시하고 있는 것처럼 "통신사실 확인자료 제공요청 허가신청에 대한 법원의 기각률은 약 1%에 불과"하다는 점은 바로 법관에 의한 "남용통제가 충분히 이루어지고 있지 않다"는 것을 보여주는 근거가 된다.

두 번째, 법이 정한 방법 이외의 기본권 제한적 강제수사는 원천적으로 허용되지 않으며 기존의 압수·수색과 통신제한조치의 법문에 해당하지 않는 모든 새로운 기본권 제한적 수사방법은 법률이 개정되기 전까지는 원칙적으로 금지된다. 영장주의의 실효성을 강력하게 담보하기 위하여, 강제수사 법정주의와 위법수집증거 배제법칙에 따라 영장주의를 위반해 수집한 증거는 그 증거능력이 부인되며, 법정에 현출되어 유죄를 입증하는데 사용될 수 없다. 따라서 과거의 기술에 근거하여 제정된 법률이 명시적으로 열거하는 방법 외에 새로운 수단을 이용한 수사는 원칙적으로 허용되지 않는다. 그런데 우리 형사소송법은 크고 작은 개정에도 불구하고 체포영장이 추가된 것 이외에는 1954년 제정 당시의 영장제도를 대체로 여전히 유지하고 있다. 특히 압수·수색·검증 등의 강제수사방법에 있어서는 "우체물"이 포함된 제정 형사소송법의 압수 등 수사방법에 1994년 통신비밀보호법상 감청 등이 추가된 이후 현재까지 큰 틀에서 변화가 없는 것을 알 수 있다. 따라서 위치추적장치나 온라인수색 등 새로운 기술적 수단을 활용한 수사는 현행법상 법리적으로 허용되지 않는 것으로 해석되며, 최근 문제가 되고 있는 암호화폐의 거래내역 추적이나 다크웹 등에 대한 잠입수사 등과 같은 수사방법 역시 현행법상 허용 여부가 모호할 뿐만 아니라 법원의 허가를 받기 위한 절차 자체가 존재하지 않는다. 이러한 상황 속에서 수사기관은 필요성(수사효율성)을 이유로 명확한 법적 근거 없이 기본권 제한적 수사를 전개하고 있는 것이 현실이다.

---

2) 헌법재판소 결정례에서도 적시하고 있는 것처럼 "통신사실 확인자료 제공요청 허가신청에 대한 법원의 기각률은 약 1%에 불과"하다.

이에 관하여 우리 법원은 2017년 판례(2017도9747)를 통해 형사소송법이 영장에 “압수할 물건”과 “수색할 장소”를 특정하여 기재하도록 하고 있음에도 불구하고 현행법 규정을 확대해석하여 수색장소에서 원격지의 저장매체에 접속하여 정보를 내려받는 것이 적법하다고 판시하면서 법적 근거가 명확하지 않은 수사기관의 기본권 제한적 수사를 합법으로 판단하였다. 결국, 입법의 불비로 인하여 성문법 국가에서 판례에 의한 법창조 현상이 일어난 것으로 평가할 수 있다. 그러나, 이는 결코 기본권 제한적 수사를 법률로 엄격하게 제한하여 규정하도록 한 강제수사 법정주의 원칙에 부합하는 방식이라고 보기 어렵기 때문에 비판의 소지가 다분하다. 이와 관련하여 일본 최고재판소는 위치추적장치를 이용한 수사를 압수수색영장에 근거한 것으로 볼 여지가 있더라도 이를 법관의 판단에 맡기는 것은 부적절하며 적법성에 관하여 입법적 결단이 필요하다고 판시(平成28年(あ)第422号)하면서 위법수사로 판단하였다.

세 번째, 안전이 자유의 전제조건이 되고 있는 현실에서 국가권력에 의한 적극적인 안전보장을 위하여 영장주의가 과도하게 후퇴하는 현상이 발생하고 있다는 점이다. 국민의 안전에 대한 수요가 높아지면서, 국가권력의 남용통제보다 국가권력에 의한 적극적인 안전보장이 규범적 목표가 되어가는 현상이 발생하면서, 안전을 위협하는 행위들이 광범위하게 범죄화 되고 있으며, 이러한 행위에 사전적, 현재적, 사후적으로 대처하기 위한 국가권력의 행사는 결과적으로 안전보장과 범죄수사(예방)의 중첩적 영역에 놓이게 된다. 예컨대 영장주의는 경찰이 적극으로 주거 안에 개입하여 가정폭력 가해자를 강제로 격리하고 피해자를 구호하는데 규범적 제한요인이 되기도 하는데, 결국 가정폭력 피해자 보호를 위하여 경찰의 주거진입을 허용하는 특별법이 제정되었다.

이 외에도 정보통신 침해사고가 발생할 경우와 같이 사고대응을 위하여, 또는 세무조사 등 행정목적을 달성하기 위하여 정부는 각종 특별법 조항에 근거하여 민간기업의 사업장에 출입하거나 자료제출을 요구할 수 있으며 이에 응하지 않으면 형사처벌 등 제재가 부과된다. 또한 강제퇴거 대상 외국인은 시설에 ‘보호’될 수 있으며, 이 경우 인신보호법의 적용이 배제된다. 결국, 가정폭력이나 정보통신 침해사고, 탈세, 불법체류 외국인에 대한 국가의 대응이 범죄수사와 연결되면 그 결과 수집된 자료가 증거로 사용될 수밖에 없으므로 헌법과 형사소송법의 영장주의가 안전보장을 위한

특별법에 의하여 후퇴하고 있는 것 역시 부인할 수 없다.

따라서 본 연구는 인권보장과 수사효율성을 실체적으로 조화시키기 위한 영장주의의 미래지향적 개선방안을 도출하는 것이 목적이다. 영장주의가 처음 설계되고 도입되었을 당시에는, 권력분립원칙을 범죄수사 실무에 구체적으로 구현해 낸 합리적인 제도였으며, 오랜 기간 수사효율성과 인권보장의 실체적 조화라는 이념을 효과적으로 달성해 왔다고 보아도 무리가 아니다. 그러나 현재에도 여전히 그러한가에 대하여는 여러 가지 문제 현상들이 확인되고 있는 실정이다. 한편으로는 수사권 남용통제의 한계가 드러나고 있으며, 반면 다른 한편으로는 새로운 기술적 수단을 이용한 수사의 법적 근거가 불명확해짐으로써 기본권 제한의 한계가 불투명해지고 있는 상황이다. 더 나아가 각종 특별법에 의하여 형사소송절차의 핵심가치인 영장주의가 사실상 형해화되는 영역도 등장하고 있다.

이처럼 각각의 문제현상들은 개인의 기본권에 대한 심각한 침해로 연결되거나, 형사사법적 정의실현을 어렵게 하거나, 경우에 따라서는 국민 안전보장의 저해요인이 되기도 한다. 이미 주요 선진국에서는 영장주의의 미래지향적 변화가 확인되고 있는 것을 확인할 수 있다. 예컨대 미국은 대법원의 판례를 통해 새로운 현상에 대하여 영장의 범위와 영역을 확대하고 있으며 국가안보 등 특별한 사안에 대한 전문법원을 만드는 등 법관의 전문성을 강화하고 있다. 독일의 경우 법관의 사전적 통제의 한계를 극복하기 위하여 법관 이외의 전문가가 영장발부절차에 참여하는 방안이 논의되고 있으며, 특히 정보적 자기결정권의 실효적 보장을 위하여 수사목적상 긴급한 경우 절차의 투명성을 확보하고 사후적으로 전문성을 갖춘 기관이 수사과정을 검토하도록 하는 방안이 모색되고 있다. 더 나아가 새로운 강제수사방법의 절차들을 적극적으로 법제화하고 수차례의 위헌논란을 거쳐 다듬어가고 있는 상황이다.

반면, 우리의 형사절차법은 크게 개정되고 있지 않으면서, 성문법국가임에도 불구하고 판례를 통해 사실상 법제화가 되거나 특별법을 통해 영장주의를 후퇴시키는 방법으로 그때 그때 상황에 따라 일관된 방향성이 있다고 보기 어렵다. 이러한 현상은 영장주의 형사절차에서 갖는 중요성과 의미를 고려하면 결코 바람직하다고 할 수 없다. 일례로 전자정보화 시대는 사법절차에도 지대한 영향을 미쳤는데, 민사소송 분야에서는 이미 일반적인 전자소송이 도입되어 2011. 5. 2.부터 전국 법원에서 시행

하여 거의 전면적으로 전자소송이 시행되고 있다.[3)]

이러한 전자화 흐름에 부응하여 경찰, 검찰, 법원, 법무부(교도행정) 등 모든 영역의 형사사법기관들은 전자시스템을 구축하여 업무절차를 전자화하고,[4)] 독자적으로 시스템을 운영하여 통제 및 지원하고 있다. 그렇지만, 문제는 형사사법기관을 넘어서 절차가 이행될 때에는 전자적인 흐름이 단절되고 정보의 이전은 종이기록에 의한 전통적인 방법에 의한다[5)]는 점이다. 결국, 시대적 흐름에 맞는 영장주의를 어떻게 합리적이고 인권보장적인 시스템으로 구축할 것인지에 대한 해결해야 할 과제가 주어진 셈이다.

더구나 시대가 변해도 영장주의를 포기할 수 없는 이유는, 국가의 강제력으로부터 국민의 자유와 권리를 지키는 최후의 안전판이기 때문이다. 영장주의의 예외는 현장을 뛰는 수사기관과 그 적법성을 판단하는 법원이 서로 장소적으로 떨어져 있다는 데에서 비롯되었다. 만일 양자 사이의 장소적 이격을 없애거나 줄여준다면 영장주의를 관철하면서도 수사기관의 어려움도 함께 덜어줄 수 있을 것이다. 더구나 컴퓨터와 인터넷, 그리고 휴대폰 등 각종 첨단 기기의 발달은 이러한 고민을 해결하여줄 좋은 수단을 제공하고 있고 이를 활용하는 방안을 고심해야 한다. 다시 말해서, 수사기관과 법원이 전자적으로 소통함으로써 장소적 이격을 극복하고 시간적으로 동시적 판단을 제공할 수 있다면 현행 제도가 안고 있는 또 다른 문제점, 즉 절차의 흐름에서 소요되는 시간을 단축할 수 있는 가능성도 함께 제공한다. 이렇듯 영장절차의 전자화는 어지러운 영장제도의 논쟁에 한 줄기 빛을 제공할 수 있는 묘수인 것이다.

따라서 강제수사에 있어서 기본권 보장의 실효성을 높이는 방안에 관한 연구가 시급한 상황에서 영장주의를 미래지향적으로 보완하기 위하여 우리 주변에서 현실로 등장하고 있는 영장주의의 현대적 한계상황들을 보다 명확히 확인하고 분석하여 그 구체적인 개선방안을 마련하는데 연구의 목적이 있다.

---

3) 민사전자소송의 근거법률인 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률은 2010. 3. 24. 제정되어 공포일부터 시행되었다. 이에 대법원규칙인 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙(2011. 3. 28. 제정되고 2011. 5. 2.부터 시행)이 2011. 5. 2. 이후 4단계로 나누어 점차 적용범위를 확대하였고, 위 시행일에 이미 민사소송법에 따른 모든 본안사건 등이 적용범위에 포함되었다. 위 규칙 부칙 제2조 별표 2 참조(이상원, “전자영장제도의 도입방안에 관한 연구”, 법무부 용역과제, 서울대학교 법학전문대학원, 2012, 1면).

4) 이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 법무부용역과제, 서울대학교 법학전문대학원, 2012, 1면.

5) 이상원, “전자영장제도의 도입방안에 관한 연구”, 법무부용역과제, 서울대학교 법학전문대학원, 2012, 1면.

제2절 | 연구의 범위와 내용

본 연구의 주된 내용으로는 ICT 기술이 급속하게 발달함에 따라 헌법적으로 전통적인 기본권은 물론 새로운 기본권을 어떻게 보호할 것인가가 최근 새롭게 대두되고 있는 것과 관련하여 영장주의의 현실적 한계를 검토하고자 한다. 이를 위하여 법관의 판단이 유효한 수사권 남용통제가 되기 어려운 경우, 새로운 수사기법의 활용이 위법수사가 되는 경우, 그 외 영장주의의 한계 현상 등을 판례와 법률, 수사실무 사례 등을 근거로 정리하고자 한다. 그리고 수사효율성과 개인의 기본권 보호라는 양 측면을 새롭고 급변하는 기술 환경에서 어떻게 조화롭게 해석할 것인지, 즉 수사를 위한 기본권 제한의 한계를 어떻게 정할 것인지와 관련하여 영장주의의 법리적 검토를 먼저 분석하고자 한다. 이를 위하여 영장주의의 본질을 검토하고 법이론적, 헌법적 관점에서 영장주의의 작동 구조 및 원리를 분석하였다. 또한 미국, 독일 등 주요 선진국의 인권보장과 수사효율성 조화를 위한 영장제도를 살펴보기 위해 미국의 전자영장제도와 전문법원을 검토하였고, 독일의 기술적 수단을 이용한 수사에 관한 절차법, 전문검사 제도, 사후적 통제장치 강화방안 등을 살펴보았다. 이를 바탕으로 국제적 기준에 맞는 우리 형사절차법사의 강제수사방법의 개선방안을 인권보장의 조화 속에서 검토하였다.

마지막으로 미래지향적 개선방안을 도출하기 위해서 먼저, 형사소송법상의 구체적인 논의를 진행하기 전에 헌법이 규정하고 있는 영장주의의 본질과 제한, 그리고 한계에 대해 다시 한 번 자세히 살펴볼 필요가 있다. 즉 영장주의를 통해 보호하고자 하는 헌법상 개인의 기본권은 구체적으로 무엇인지, 그러한 기본권은 현재의 지능정보사회에서 어떻게 보호되어야 하는지, 그리고 영장으로 인해 제한되는 개인의 기본권의 제한과 한계는 어떻게 설정되어야 하는지, 나아가 이를 통해 영장주의와 기본권 보장은 어떻게 조화될 수 있을 것인지에 대해 현재의 실정에 맞게 좀 더 촘촘하게 분석할 필요가 있다. 필요하다면 영장주의의 발달과정을 통해서 또는 법철학적 관점에서 근본이념을 찾을 수도 있을 것이다. 더불어 독일 연방헌법재판소에 의해 새로운 기본권으로 인정된 소위 IT 기본권(온라인 기본권, 정보기술 시스템의 비밀성과 무결

성에 관한 권리[6])을 살펴보고 시사점을 제시해 보고자 한다. IT 기본권도 결국 국가의 새로운 수사방법-법으로 금지되거나 허용되지 않은-에 의한 개인의 기본권 침해로부터 개인을 보호하기 위해 인정된 권리인지를 집중적으로 검토할 필요가 있다.

나아가 현행 영장주의의 개선방안 및 실효적 개선 방안을 구체적으로 제시하기 위해서 먼저 사전적 개선 방안으로 법관의 사전적 판단의 전문성을 보충하는 방안, 정보기술을 활용하여 영장발부의 신속성을 높이는 방안 등 현행 영장 절차의 개선방안을 도출하고자 한다. 그 다음 사후적 개선 방안으로 수사목적상 긴급한 경우 법제도적 방법·기술적 수단 등을 활용하여 수사절차 전반의 투명성을 강화하고 사후적으로 법적·기술적 전문성을 갖춘 기관의 통제를 받도록 하는 방안을 검토하고 시사점을 제시하고자 한다. 이는 곧 기술에 발달에 따른 영상촬영, 위치추적, 온라인 수색, 기술적 분석, 잠입수사 등 새로운 수사기법에 적합한 개별적이면서도 일반적인 영장발부 절차규정의 정비방안을 마련하는 것과도 일맥상통한다.

이에 본 연구진은 21세기적 특수성을 반영하여 영장주의를 통한 범죄수사의 효율성과 기본권 보호라는 실정에 맞게 영장주의의 현 위치를 객관적으로 파악해 보고 이를 토대로 형사법적인 관점에서의 영장제도를 검토하고 그 시사점을 도출하여 이론과 실무, 그리고 헌법적 내지 법철학적 논의를 발전시켜, 필요선상에서 종합적인 정책제언을 제시하고자 한다.

제3절 | 연구의 방법

현재 전 세계적으로 (전자) 영장주의에 대한 시각과 관심에 따른 논의가 활발하게 이루어지고 있으나 민사적인 논의는 소개 정도에 한하여 이루어졌으나 형사법적인 시각에서의 논의, 특히 이론과 실무에 대한 논의가 부족한 것이 사실이다. 아울러 수사 실무상 영장주의의 문제 현상에 대한 분석 역시 헌법 내지 법철학적인 관점을

6) 원문은 Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme이다.

통한 종합적인 형사법적 연구가 그동안 제대로 이루어지지 않고 있었다. 이에 본 연구에서는 우선 수사 실무상 영장주의 문제 현상을 파악하기 위하여 판례, 사례, 법률 등 조사를 하였고, 관련 논문과 연구보고서 등 문헌 연구를 위주로 수행하였다.

또한 세계적인 동향을 살펴보고자 주요 선진국의 영장제도에 있어서의 최신 변화내용을 파악하고 전자 영장제도 및 감시근거 법제에 대하여 살펴보고 실무상 실제 운용 절차에 대해서도 확인하는데 노력하였다. 원래는 해외 출장을 통해 주요 선진국의 영장제도 운영의 최신 변화내용을 파악하고 실무상 실제 운용 절차에 대한 이해를 높이려고 했으나 코로나로 인하여 해외 공동연구와 자문회의를 중점적으로 활용하였다. 이에 미국, 독일 등 주요 선진국의 영장주의 개선에 관한 실무 자료와 판례, 연구문헌을 분석하였으며, 이를 바탕으로 시사점을 도출하였다. 또한 한국적 실정을 감안하여 실무가 입장에서 경험과 우리나라의 수사 실제에 있어서의 영장제도의 문제점과 개선방안을 도출하기 위하여 경찰청과의 협력 하에 현) 수사실무가의 자문을 받았고, 전) 검찰, 국가정보원 등의 자문을 바탕으로 그동안의 영장제도의 문제점을 파악하였다. 더불어 실제 영장을 발부하고 있는 판사의 경험담을 듣고 자문회의를 통하여 현재 영장주의의 폐단이라고 할 수 있는 문제점과 개선방안을 도출하였다.

나아가 연구의 완성도를 높이고자 형사법적인 차원에서의 영장주의의 이론적 검토를 위하여 단국대학교 산학협력단과의 공동연구를 실시하여 형사법적인 이론적 연구를 보완하였고, 아울러 해외 출장 대신 독일의 영장제도와 실무상 실제 운용 절차에 대한 이해를 높이기 위하여 막스 플랑크 연구소와 공동연구를 수행하였다. 마지막으로 헌법적 내지 법철학적 시각에서의 기본권 조화를 검토하기 위하여 헌법 및 법철학 분야의 전문가 원고의뢰를 통해 헌법과 법철학적 고찰이 이루어졌다. 이러한 종합적인 관점에서 우리나라의 영장제도의 현황을 정확히 진단하고 분석하여 미래지향적이고 효과적인 정책을 모색하는데 주력하였다.

제 2 장

영장주의의 일반적 고찰

윤해성

제2장

영장주의의 일반적 고찰

제1절 | 개관

영장주의는 형사절차 이외에도 다른 국가권력 작용에도 적용될 수 있는가에 대한 문제는 중요한 논점 가운데 하나이다. 또한 영장주의는 신체·주거 이외의 다른 기본권 침해에도 적용될 수 있는지에 대한 문제 역시 중요하다. 왜냐하면 영장주의가 형사절차에만 국한된 원칙인지 행정상의 즉시강제나 인신구금 등에도 적용되는 원칙인지 항상 문제가 되기 때문이다. 여기에는 강제처분의 실질이 신체의 자유에 대한 제한이라면 형사절차뿐만 아니라 행정절차에서도 영장주의가 적용되어야 한다는 입장,[7] 강제처분의 목적에 의하여 영장주의의 적용범위가 달라져서는 안 된다는 입장,[8] 헌법 제12조 제3항에 따라 형사절차만을 그 적용대상으로 한다는 입장[9]이 논의되고 있다. 따라서 본 장에서는 선행연구와 판례의 입장을 정리한 후 영장주의의 본질에 비추어 영장주의의 적용범위에 대한 검토를 진행하고자 한다.

이에 헌법재판소 결정인 2012헌마191 결정을 살펴볼 필요가 있는데, "수사기관이 위치정보 추적자료를 통해 특정 시간대 정보주체의 위치 및 이동상황에 대한 정보를 취득을 할 수 있는 위치정보 추적자료 제공요청은 통신비밀보호법이 규정한 강제처분에 해당되므로 헌법상 영장주의가 적용된다"는 결정을 분석하고, 이러한 영장주의는

7) 박찬걸, "군 영창제도의 문제점과 개선방안", 홍익법학 제18권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2017, 380면.
8) 문성도, "영장주의의 도입과 형성에 관한 연구 - 1954년 형사소송법의 성립을 중심으로", 서울대학교 대학원 법학과 법학박사학위논문, 2001, 32면.
9) 이완규, "헌법상 영장주의 규정의 체계와 적용범위", 형사판례연구 제25권, 한국형사판례연구회, 2017, 539-540, 543-545면.

행정조사의 경우에도 적용될 수 있는지를 검토하기로 한다.

또한 '디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률'에 따른 디엔에이감식시료채취영장에 대한 문제도 다루고자 한다. "디엔에이감식시료채취영장 발부 여부는 채취대상자에게 자신의 디엔에이감식시료가 강제로 채취 당하고 그 정보가 영구히 보관·관리됨으로써 자신의 신체의 자유, 개인정보자기결정권 등의 기본권이 제한될 것인지 여부가 결정되는 중대한 문제이다."[10] 이에 "영장절차 조항에 따라 발부된 영장에 의하여 디엔에이신원확인정보를 확보할 수 있고, 이로써 장래 범죄수사 및 범죄예방 등에 기여하는 공익적 측면이 있으나, 영장절차 조항의 불완전·불충분한 입법으로 인하여 채취대상자의 재판청구권이 형해화 되고 채취대상자가 범죄수사 및 범죄예방의 객체로만 취급받게 된다"는 점에서 문제가 있다.[11] 따라서 이에 대한 헌법재판소의 결정례인 2016헌마344를 함께 분석하고자 한다.

아울러 "영장주의는 형사절차뿐만 아니라 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용에 적용된다"는 취지의 대법원 판결도 있다. 대법원 1995. 6. 30. 선고, 93추83 판결과 대법원 1997. 6. 13. 선고, 96다56115 판결이 대표적이다. 주요 내용은 사전영장주의 원칙은 "인신보호를 위한 헌법상의 기속원리이기 때문에 인신의 자유를 제한하는 국가의 모든 영역(예컨대, 행정상의 즉시강제)에서도 존중되어야 하고, 다만 사전영장주의를 고수하다가는 도저히 그 목적을 달성할 수 없는 지극히 예외적인 경우에만 형사절차에서와 같은 예외가 인정된다"는 취지의 대법원 판결이다. 여기서는 관련 판례 분석을 통하여 내용을 정리하고자 한다.

그러기 위해서 이 장에서는 먼저 영장현황과 실무상 문제점을 고찰하고 여기에는 영장제도의 일반론으로서 영장의 정의와 필요성을 살펴본 다음 영장 발부의 주체인 법원의 당직 업무를 소개하고자 한다. 다음으로 영장 현황으로 구속영장과 압수수색 검증 영장의 현황을 살펴보겠다. 그런 다음 관련 사례를 검토하고 수사 실무상에서 본 영장주의를 사이버범죄, 일선 수사관이 현장에서 느끼는 영장관련 문제점 등을 소개한 후에 헌법재판소의 판결과 대법원 판결을 차례차례 소개 및 검토하고자 한다. 아울러 일본의 최고재판소 판결을 소개한 후에 새로운 환경에서의 영장 시스템의 다이버젼화를 고민하고자 한다.

---

10) 헌법재판소의 결정례인 2016헌마344.
11) 헌법재판소의 결정례인 2016헌마344.

제2절 | 영장 현황과 실무상 문제점 고찰

1. 영장 제도의 일반론

가. 영장의 정의

영장은 경찰관, 검사 등 범죄수사를 실시하는 '수사기관'에 대해 판사가 방법이나 범위를 명시하여 사건의 조사를 실시하는 것을 인정하는 허가장을 말한다. 예를 들어, 「○○씨가 ××죄의 혐의로 체포됐다」라고 하면, 피의자를 체포하는 경찰관은 자신의 판단으로 누구라도 체포할 수 있는 것은 아니므로, 경찰관이 사람을 체포할 때에는 원칙적으로 "피의자 ○○을 ××죄의 혐의로 체포하는 것을 허용한다."라는 내용의 영장(체포영장) 발부를 판사에게 청구하여야 하며, 이때 독립적이고 객관적인 판사로부터 영장을 발부 받지 않으면 안 된다는 규칙을 말한다. 영장주의의 예외로는 체포를 하고, 스스로 저지른 범죄에 대해 밝히는 현행범 체포의 경우에는 체포영장이 필요하지 않는다. 마찬가지로 자택수색에 대해서는 압수수색 영장이, 신체검사에 대해서는 해당 영장이 필요하다. 이처럼 영장주의는 "법원 또는 판사가 발부한 적법한 절차, 즉 영장에 의하지 않고서는 형사절차 상의 강제처분을 할 수 없다"는 원칙을 말한다.[12]

우리 형사소송법 제200조의2는 피의자의 체포는 체포영장에 의한 것을 원칙으로 규정하고 있으나, 제200조의3에서는 긴급체포와 제212조에서의 현행범인 체포의 경우에는 체포영장을 요하지 않는다고 규정하고 있다. 그리고 215조에서는 수사기관의 압수수색검증의 긴급성에 대응하기 위한 영장을 받을 수 없는 예외적인 경우가 있을 시에는 영장에 의하지 않는 압수·수색과 검증이 허용된다고 규정하고 있다.[13] 한편, 일본 형사소송법 제222조 제1항과 제110조에 의하면 수색압수영장은 그 집행에 있어서 「처분을 받는 자에게 이를 제시하지 않으면 안된다」고 규정하고 있으므로,[14] 이

12) 이재상/조균석,『형사소송법』 제10판 보정판, 박영사, 2016, 224면; 이은모,『형사소송법』 4판, 박영사, 2014, 222면; 임동규, 형사소송법 제11판, 법문사, 2015, 167면.
13) 이재상/조균석,『형사소송법』 제10판 보정판, 박영사, 2016, 225면; 이은모,『형사소송법』 4판, 박영사, 2014, 223면.
14) 영장제시는 헌법의 요청인가 하는 문제에 대해서, 부정하는 것이 종래의 통설이다(井上正仁「捜

규정은 처분을 받는 자의 ⅰ) 영장의 존재를 확인하고, ⅱ) 처분의 수인 범위를 확인한 다음, ⅲ) 사후의 불복신청 가능성을 판단한다는 이익을 보호하는 것을 목적으로 하고 있다.[15] 따라서 영장 제시는 단순히 피처분자에게 경각시키는 것만으로는 부족하며, 그 내용을 충분히 양지할 수 있는 정도로 제시하여야 한다.[16] 그런 취지에 비추어 볼 때 영장 제시는 원칙적으로 압수 집행보다 먼저 해야 한다.[17]

나. 영장의 필요성

경찰관이 자신의 판단으로 법원의 허가를 받는 등의 절차를 요구하지 않고 체포할 수 있다면, 오히려 범죄자를 신속하게 검거하기 때문에, 예방적 측면에서 접근해 볼 때, 사회 전체로 보면 좋은 결과를 가져다 줄 수 있을 지도 모른다. 그러나 체포는 강제로 72시간까지 구금할 수 있고, 경우에 따라서는 언론에 보도되거나, 직위 해제 등 체포된 사람이 받는 부담은 상당히 클 수 있다. 그래서 체포와 같이 신체를 구속하거나 수색압류와 같이 강제적으로 주거지에 출입할 경우, 그리고 상대에 대해 부담이 큰 수사의 경우에 대하여 중립적인 외부 기관인 법원, 즉 판사의 확인을 받은 후, 허가를 받도록 형사소송법상 규정되어 있는 것이다. 그렇게 함으로써 수사가 제대로 진행되고, 수사 대상이었던 사람은 부담을 덜 받고, 피하려고 노력하게 되는 수사의 효율성과 인권보장이라는 두 마리 토끼를 잡을 수 있는 장치가 바로 영장주의인 것이다.

다시 말해서, 영장주의는 기본적으로 인권을 보호하기 위한 중요한 원칙이며, 국가의 가장 기본적인 규칙인 헌법에 명시되어 있다. 이에 판사가 영장을 발부하기 위한 조건은 법률로 정해져 있는데, 구속영장의 경우 현행범체포 이외에 형사소송법상 판사는 피의자가 죄를 저질렀음을 의심하기에 충분한 이유가 인정될 경우, 검찰, 경찰관 등의 요청에 따라 구속영장이 발부되며, 단 분명히 체포될 필요가 없다고 인정될

査手段としての通信·会話 の傍受」73頁 (1997年, 有斐閣), 平場他「注解刑事訴訟法·全訂新版」[高田 卓爾] 364頁 (1987年, 青林書院新社), 松尾監「条解刑事訴訟法·第三版」188頁 (2003年, 弘文堂)). 그러나, 근래에는 긍정하는 견해도 유력하다(三井誠「刑事手続法(1)·新版」42頁 (1997年, 有斐閣), 後藤昭「捜査法の論理」6頁 (2001年, 岩波書店)).

15) 後藤·前掲注(3)「捜査法の論理」6頁.

16) 이 점에 대하여 종래부터 피처분자는 영장의 필사·복제 등을 요구할 권리가 있는가? 하는 문제가 제기되고 있다(後藤·前掲注(3)「捜査法の論理」3頁).

17) 佐々木真郎「令 状呈示前の執行」別冊判例タイムズ10号, 55頁 (1985年).

때에는 예외로 하고 있다. 이때 판사는 당사자가 범죄를 범했다고 의심할 만한 타당한 근거가 있는지, 구속의 필요성이 없는 것이 명백한지의 여부 등 사건의 기록을 객관적이고 중립적으로 검토하고 판단해야 한다.

이상 체포영장 이외에도 압수수색 영장(주거 침입 등에 의한 범죄와 관련된 물건의 소유에 대한 수사를 허가하는 영장), 신체검사 영장(사람의 신체 상태를 강제적으로 확인하도록 수사를 허가하는 영장), 감정처분 허가 영장(시체 부검을 허가하는 영장), 구금영장(체포에 따라 신체구속을 허가하는 영장) 등이 있다.

다. 법원의 영장 청구

법원은 기본적으로 수사기관으로부터 청구를 받아 영장을 발부받는 심사를 실시하는 기관이며 심사는 판사가 한다. 심사를 한 결과, 법률상의 조건이 모두 인정된다고 판단이 되면 그때 영장을 발부하게 된다. 영장 청구는 낮에 주로 이루어지지만, 밤에도 청구가 가능한데, 이는 언제 일어날지 모르는 범죄를 상대로 수사기관은 수사를 하고 있기 때문에 밤에 영장이 필요한 것은 당연하다. 때문에 법원도 야간 영장청구(당직업무)에 대응할 수 있는 여건을 갖추고 있다.

이에 당직 업무 담당자의 경우 판사가 교대로 근무를 담당하는데 일년에 몇 번 정도, 당번이 돌아온다고 한다. 당직 업무의 당번일은 저녁부터이며, 청사 안에 있는 당직실에서 대기하며, 영장 청구가 오면, 판사는 사건의 기록을 받아 심사를 하며, 조건이 갖추어져 있다고 판단되면 영장에 날인을 한다. 경우에 따라서 새벽 2시에 일어나 영장 심사를 하는 것도 흔한 일이며, 하루에 두 번 다른 영장 심사를 하는 경우도 있다고 한다.

판사에게 당직업무를 포함한 영장 사건의 어려움은 당직인원은 1명이서 짧은 시간 안에 판단을 해야 한다는 것이다. 다시 말해서 혼자서 영장을 발부하기 때문에 부담이 크며, 짧은 시간 안에 결정을 내려야 할 필요성에 대해서는 수사를 함에 있어서 긴급함이 요구되기 때문에, 야간이라도 영장을 청구하러 오는 경우가 많다는 것이다. 가급적 필요하거나 중요한 수사라면 법원도 신속하게 영장을 발부하여 수사를 실시하는 것이 바람직하기 때문에 판사의 영장심사는 신속하게 진행되어야 한다는 것이다.

이러한 당직 업무는 정신적 육체적으로도 힘들 때가 있지만, 판사가 왜 영장심사를

하게 되었는가 하면, 수사 대상에 대한 부당한 부담을 받지 않도록 하기 위해서라며, 이는 섣부른 잘못된 판단으로 구속하면 안 되는 사람을 구속하면 안 되기 때문이라는 사명감에서 비롯된다고 한다.

2. 영장 현황과 실태

가. 구속영장

2014년부터 2018년까지 대법원 영장청구와 발부, 기각과 발부율을 살펴보면 영장청구는 평균 35,729건으로 2014년 대비 대체로 감소추세를 보이고 있으나 영장발부는 평균 28,970건으로 증가와 감소를 교차하고 있는 것을 알 수 있다. 또한 2014년 대비 대체로 감소추세에 있고, 기각은 평균 6,755건으로 증가와 감소를 교차하고 있으나 2014년 대비 대체로 감소추세에 있는 것을 알 수 있었다. 그리고 발부율은 평균 81.1%로 2014년 대비 증가추세에 있는 것을 확인할 수 있다. 이를 도표로 나타내면 다음과 같다.

[표 2-1] 최근 5년간 구속 영장 현황

구분 / 연도	청 구	발 부	기 각	발부율(%)	구속기소 인원수	발부(수사) 대비 구속 기소율(%)
2014	35,767	28,438	7,299	79.5	28,479	100.1
2015	38,061	31,158	6,883	81.9	31,343	100.6
2016	39,624	32,395	7,242	81.8	32,528	100.4
2017	35,126	28,400	6,739	80.9	28,728	101.2
2018	30,065	24,457	5,610	81.3	24,876	101.7
평균	35,729	28,970	6,755	81.1	29,191	100.8

출처: 대법원 사법연감 271면, 2018년 https://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10 (최종검색 2020년 9월 25일)

나. 압수·수색·검증 영장

2014년부터 2018년까지의 압수수색검증영장 현황을 살펴보면 영장청구는 평균 201,714건으로 2014년 대비 비교적 증가추세에 있으며, 영장발부는 180,034건으로

2014년 대비 증가추세에 있는 것을 알 수 있다. 일부기각과 기각 역시 증가추세에 있으며, 영장 발부율은 평균 89.3%로 2014년 대비 점차 감소하고 있는 것을 확인할 수 있다. 최근 5년간 압수수색검증 영장 현황을 살펴보면 다음과 같다.

[표 2-2] 최근 5년간 압수수색검증 영장 현황

구분 / 연도	청 구	발 부	일부기각	기각	발부율(%)
2014	181,067	166,033	13,421	1,613	91.7
2015	184,000	165,042	17,261	1,697	89.7
2016	188,538	168,268	18,543	1,727	89.2
2017	204,263	181,012	21,273	1,978	88.6
2018	250,701	219,815	28,213	2,673	87.7
평균	201,714	180,034	19,742	1,938	89.3

출처: 대법원 사법연감 271면, 2018년 https://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10 (최종검색 2020년 9월 25일)

다. 전체 사건 대비 구속영장발부 현황

아래 표는 전국 59개(2019년 기준) 검찰청에서 검찰통계시스템에 입력한 자료를 근거로 작성되었다. 구속영장 청구인원은 검사 직접청구 구속영장 인원 + 사법경찰관으로부터 구속영장을 신청 받아 청구한 인원을 나타낸 것이고, 구속영장 발부율(%)은 구속영장 청구인원 대비 구속영장발부 인원 비율을 나타낸 것이다.

그리고 구속영장 기각률(%)은 구속영장 청구인원 대비 구속영장기각 인원 비율을 말하며, 구속점유율(%)은 전체사건 접수인원 대비 구속인원의 비율이다. 구속영장청구의 대상에는 체포영장에 의해 체포된 피의자, 긴급체포된 피의자, 현행범으로 체포된 피의자, 체포되지 않은 피의자(사전영장 청구 대상)가 모두 포함된 것이며, 구속영장 청구인원은 검사의 직접 청구와 사법경찰관으로부터 구속영장을 신청 받아 청구한 인원을 합한 인원이다.[18] 또한 구속영장 발부율은 구속영장청구인원 대비 구속영장발부인원의 비율을 나타낸 것이다.

18) e-나라지표 https://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1727#quick_02(최종검색 2020.09.23.)

구속영장 기각률은 구속영장청구인원 대비 구속영장기각인원의 비율이며, 구속점유율은 전체사건 대비 구속영장발부인원의 비율이다. 본 표에 의해 검찰의 법원에 대한 구속영장 청구에 따른 발부, 기각인원을 파악할 수 있다. 아래 표는 2012년에서 2019년 전체 사건 대비 영장 현황을 나타낸 것이다.

[표 2-3] 2012-2019년 전체 사건 대비 영장 현황

구분 \ 연도	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
전체 사건접수	2,326,560	2,389,837	2,379,580	2,492,324	2,589,311	2,415,869	2,302,601	2,391,529
청구	35,060	33,105	36,176	38,370	40,083	35,102	30,060	29,647
전체사건 접수 대비 구속영장 청구율(%)	1.5	1.4	1.5	1.5	1.6	1.5	1.3	1.2
발부	27,327	26,716	28,466	31,153	32,369	28,340	24,438	24,018
발부율(%)	77.9	80.7	78.7	81.2	80.8	80.7	81.3	81.0
기각	7,195	5,914	7,286	6,837	7,187	6,682	5,585	5,587
기각률(%)	20.5	17.9	20.1	17.8	17.9	19.0	18.6	18.9
구속 점유율(%)	1.2	1.2	1.3	1.3	1.3	1.3	1.2	1.1

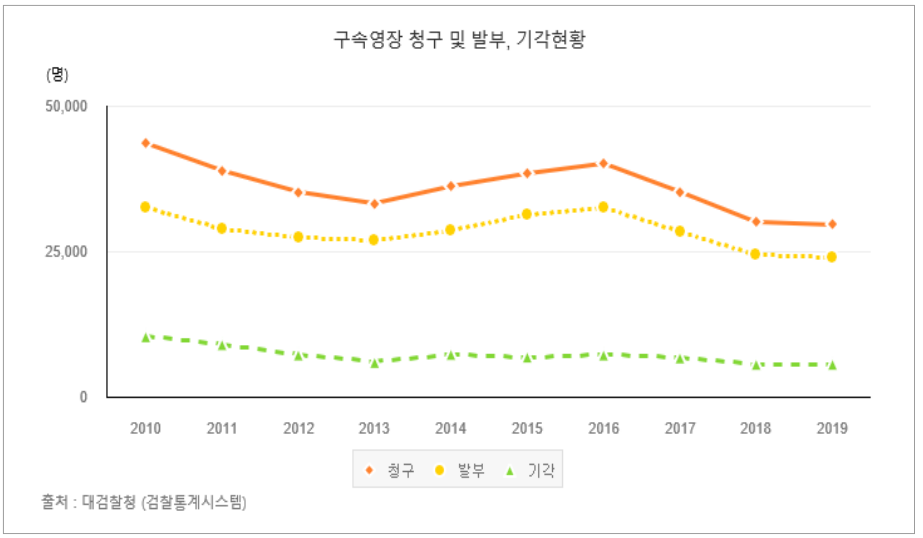
출처: e-나라지표 https://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1727#quick_02 (최종검색 2020년 9월 23일)

위의 표에서 보듯이 구속영장 청구인원은 2019년 29,647명으로 전년 대비 1.4% 감소(전체 사건접수(신수) 인원은 3.9% 증가)했으며, 전체사건 대비 구속영장 청구율은 1.2%로 최근 5년 1.2~1.6% 수준에서 등락을 보이고 있는 것을 알 수 있다. 또한 구속영장 발부인원은 24,018명이며, 발부율은 81.0% 수준이며, 구속영장 기각인원은 5,587명이며, 기각률은 18.8% 수준인 것을 알 수 있다.

이상 전체사건 대비 구속인원을 나타내는 구속점유율은 1.1% 수준으로 최근 5년간 1.2% 내외 수준으로 유지된 것을 확인하였다.[19] 2010년부터 2019년까지의 구속영장 청구 및 발부, 기각현황을 그래프로 나타내면 다음과 같다.

19) http://www.spo.go.kr/ 참조(최종검색 2020.09.24.).

[그림 2-1] 구속영장 청구 및 발부, 기각현황



출처: e-나라지표 https://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1727#quick_02 (최종검색 2020년 9월 23일)

라. 영장 청구 현황

[표 2-4] 2014-2018년 영장 청구 현황

연도와 구분 \ 종류		합계	구속 영장	체포 영장	압수수색 검증영장	통신 제한 조치 허가서	통신사실 확인자료 제공요청	DNA감식 시료채취 영장
2018	청구	389,747	30,065	39,877	250,720	80	68,737	268
	발부	348,336	24,457	39,175	219,829	74	64,542	259
	기각	41,413	5,610	702	30,891	6	4,195	9
	발부율(%)	89.3	81.3	98.2	87.7	92.5	93.9	96.6
2017	청구	356,467	35,126	42,824	204,291	55	73,852	319
	발부	321,853	28,400	42,206	181,040	49	69,853	305
	기각	34,627	6,739	618	23,251	6	3,999	14
	발부율(%)	90.2	80.9	98.6	88.6	89.1	94.6	95.6
2016	청구	352,805	39,624	46,783	188,560	70	77,096	672
	발부	320,924	32,395	46,107	168,290	60	73,411	661
	기각	31,894	7,242	676	20,270	10	3,685	11
	발부율(%)	90.9	81.8	98.6	89.3	85.7	95.2	98.4

[표 2-4] (계속)

연도와 구분 \ 종류		합계	구속 영장	체포 영장	압수수색 검증영장	통신 제한 조치 허가서	통신사실 확인자료 제공요청	DNA감식 시료채취 영장
2015	청구	343,886	38,061	48,751	184,009	100	72,737	228
	발부	313,035	31,158	48,047	165,051	89	68,468	222
	기각	30,831	6,883	704	18,958	11	4,269	6
	발부율(%)	91.0	81.9	98.6	89.7	89.0	94.1	97.4
2014	청구	330,499	35,767	48,035	181,067	170	65,269	191
	발부	303,919	28,438	47,373	166,033	155	61,744	186
	기각	26,540	7,299	662	15,034	15	3,525	5
	발부율(%)	91.9	79.5	98.6	91.7	91.2	94.6	97.4

출처: 대법원 사법연감 2014년(584면), 2015년(538면), 2016년(617면), 2017년(609면), 2018년(625면) 재구성, https://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10 (최종검색 2020년 9월 23일)

위의 표와 같이 2014년도 영장 청구사건(구속영장, 체포영장, 압수수색검증영장 등)은 모두 367,114건(직권발부 포함)으로, 전체 형사사건의 23.2%, 전체 소송사건의 5.6%, 전체사건의 1.9%를 각 차지한 것을 알 수 있다. 2015년도 영장 청구사건(구속영장, 체포영장, 압수수색검증영장 등)은 모두 380,799건(직권 발부 포함)으로, 전체 형사사건의 24.1%, 전체 소송사건의 6.0%, 전체사건의 1.8%를 각 차지하고 있다. 이와 같이 영장사건의 최근 10년간의 추세는 전년도에 비하여 3.7%가 증가한 것을 알 수 있으며, 2016년도 영장 청구사건(구속영장, 체포영장, 압수수색검증영장 등)은 모두 392,456건(직권발부 포함)으로, 전체 형사사건의 23.8%, 전체 소송사건의 5.8%, 전체사건의 2.1%를 각 차지하고 있는 것으로 나타났다. 따라서 영장사건의 최근 10년간의 추세는 전년도에 비하여 3.1%가 증가한 것을 알 수 있다.

또한 2017년도 영장 청구사건(구속영장, 체포영장, 압수수색검증영장 등)은 모두 396,698건(직권발부 포함)으로, 전체 형사사건의 25.7%, 전체 소송사건의 5.9%, 전체사건의 2.2%를 각 차지하고 있는데, 영장사건의 최근 10년간의 추세는 전년도에 비하여 1.1%가 증가한 것을 알 수 있었다. 한편, 2018년도 영장 청구사건(구속영장, 체포영장, 압수수색검증영장 등)은 모두 429,985건(직권발부 포함)으로, 전체 형사사건의 29.5%, 전체소송사건의 6.5%, 전체사건의 2.4%를 각 차지하고 있다. 따라서 영장사건

의 최근 10년간의 추세는 전년도에 비하여 8.4%가 증가한 것을 알 수 있다.

이처럼 최근 2014년부터 2018년까지의 영장발부율은 거의 90%에 상회하고 있는 것을 알 수 있으며, 이 가운데 체포영장과 통신사실확인자료제공요청과 디엔에이감식시료채취영장의 경우의 발부율은 평균 95%을 상회하는 것을 알 수 있다. 게다가 기각의 경우, 통신제한조치허가서(6~15)와 디엔에이감식시료채취영장(5~14)이 매우 낮은 것을 확인할 수 있었다.

3. 관련 사례 검토

가. 가정폭력 피해자 보호와 주거 진입 허용 여부

▷ 2019년 7월 중순 모 오피스텔에서 발생한 청소기가 든 택배상자 분실사건을 접수. CCTV를 분석한 경찰은 A씨 집을 영장 없이 집을 수색하였으나 분실 물품을 발견하지 못했다. 특히, 경찰이 동의를 구하지 않고 사진을 찍어가는 등 주거 자유를 침해하였고 수사 이유로 영장도 없이 집을 수색한 경찰을 국가인원위원회는 “강압수사”라고 보도하였다.[20] 판결은 수사기관이 우월적 지위에 의한 강압적인 수사를 행할 우려가 있으므로 이번 수색의 경우, 임의성을 확보하지 못했고 절차적인 요건을 갖추지 못하는 등 적절한 수사 방법 한계를 벗어난다고 보아 국가인권위원회는 경찰의 수색을 강압수사라고 판단하였다.

▷ 2017년 가정폭력 신고를 받고 출동한 경찰관이 집안에 있던 A씨에게 폭행을 당했다. 조현병 환자인 A씨는 공무집행방해죄로 기소되었지만, 경찰이 신고만 받고 영장 없이 가택에 침입한 것은 적법한 공무집행이 아니었다는 것이다. 경찰관 직무집행법상 위험성이 있다고 판단되면 현장출입이 가능하고, 가정폭력방지법에 의하면 신고 접수 시 명백한 허위신고가 아닌 이상 내부로 진입해 조사할 수 있었다. 그러나, 본 사안의 경우 경찰청은 출동 경찰관이 ‘현장상황이 위험하다고 판단한 근거나 확신’을 제대로 소명하지 못하였기 때문에 해당 사안은 A씨의 무죄 판결이 선고되었다. 가정폭력의 경우 ‘범죄에 대한 수사’ 보다 ‘피해자 보호’에 더 집중되었지만 본 판결로

---

20) 뉴스핌 2020년 8월 11일 기사 https://www.newspim.com/news/view/20200811000102 (최종검색 2020.08.11.)

경찰 활동이 위축되어 피해자가 위험에 처하지 않도록 개선사항을 적극 활용할 방침이라 밝혔다.[21)]

▷ 2019년 3월 가정폭력 신고를 받고 출동한 경찰을 A씨가 폭행하였는데, 영장이나 거주자의 허락 없이 남의 집에 들어간 경찰이 잘못했다는 것으로 나타났다. 이 사례는 가정폭력 관련법과 현장의 괴리를 보여주는 대표적인 사례로 21일 대구지법 판결문에 따르면 지난해 12월, 이웃의 신고를 받고 출동한 경찰관 2명은 잠기지 않은 현관문을 통해 들어갔으나 그때 흥분한 남성이 소리를 지르며 유리병을 던져 경찰관을 폭행했다는 것이다. 이에 1, 2심 재판부는 경찰관이 영장을 소지하지 않았고, 주거지를 범행 직후 장소로 볼 수 없고, 주거지 출입 동의가 없다는 점 등을 들어 공무집행방해에 해당하지 않는다며 경찰관에게 폭행을 가한 남성에게 무죄를 판결하였다.[22)]

▷ 2013년 12월 경찰은 '철도산업 발전방안 철회'를 요구하며 대정부 파업을 벌인 전국철도노조 위원장 김모씨 등을 체포하기 위해 민주노총 사무실을 수색하려 했는데, A씨 등이 경찰을 폭행하며 저지하자 이들을 공무집행방해 혐의로 기소하였다. A씨 등은 애초 경찰의 사무실 수색이 헌법상 영장주의를 위반한 불법수색이었다며 법원에 위헌법률심판 제청을 신청하였다. 이에 2심 법원인 서울고법이 이를 받아들여 헌재에 심판을 제기하였다. 형소법 216조는 검사나 경찰이 범인을 체포하거나 구속하는 경우 영장 없이 타인의 주거나 건물을 압수수색할 수 있도록 하고 있으며 사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 때에만 영장주의의 예외를 허용할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 본 사안은 수색에 앞서 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 인정되지 않는 경우에도 영장 없이 피의자 수색을 할 수 있다는 것으로 보아 헌법상 영장주의 예외 요건을 벗어난다고 지적하였다. 헌재는 단순 위헌을 결정할 경우 수색영장 없이 타인의 주거 등을 수색해 피의자를 체포할 긴급한 필요가 있는 경우에도 이를 허용할 법률적 근거가 사라져 법적 공백 상태가 발생하게 되므로 2020년 3월 31일까지 법 조항 효력을 잠정적으로 인정하는 헌법불합치 결정을 내렸다.[23)]

---

21) 연합뉴스 2019년 8월 11일 기사 https://www.yna.co.kr/view/MYH20190811002500038 (최종검색 2020.07.15.)

22) 서울신문 2019년 5월 21일 기사 https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20190522008002 (최종검색 2020.07.15.)

23) 연합뉴스 2018년 4월 26일 기사 https://www.yna.co.kr/view/AKR20180426117251004 (최종검색 2020.07.15.)

나. 세무조사와 행정목적 달성을 위한 민간기업 사업장출입과 자료제출 여부

▷ 대한 소아청소년과 의사회가 '이부진 프로포폴 의혹'과 관련, 법원의 영장 없이 임의로 환자 진료기록 제출을 강요한 서울지방경찰청장과 서울지방경찰청광역수사대장을 검찰에 형사고발하였다. 이유인 즉, 직권남용, 강요, 업무방해, 주거침입 등의 혐의다. "경찰은 청담동 모 성형외과를 점거하고, 환자의 진료기록 등의 제출을 강요" 하였는데, 이는 "의료법 제19조 및 제21조 제2항을 전면적으로 위반하는 행위"라고 지적하였으나 증거불충분으로 혐의를 입증하지 못하였다. 대신 H 성형외과 원장 유모씨를 진료기록부 미기재 등 의료법 위반 혐의로 검찰에 송치하였다.[24)]

▷ 2017년 9월 1일 경찰의 단속에 적발되어 성매매처벌법 위반 혐의로 입건하였는데, 당시 경찰은 하씨의 혐의를 입증하기 위해 경찰관을 손님으로 위장해 성매매 알선을 요구하는 등 함정수사를 하였다. 하지만 하씨가 성매매 알선을 거부하자 압수·수색 영장 없이 업소 내부로 강제 진입하여 범죄 관련 자료를 확보한 것에 대하여 법원으로부터 압수·수색영장을 발부받지 않았으므로 이는 영장주의에 위반한 강제수사로서 위법하다고 보았다. 이에 성매매업소의 손님들과 성매매 여성들이 작성한 진술서, 현장사진, 검찰 피의자 신문조서 등은 영장주의에 위반한 강제수사에 기인해 수집된 2차적 증거능력을 인정하기 어렵다고 하여 2017년 9월 1일 강제수사 과정에서 밝혀진 성매매 알선 혐의에 대해서는 무죄로 판단하였다. 단, 2015년 11월부터 2017년 6월까지 혐의에 대해서는 유죄를 선고하였다.[25)]

▷ 경찰관 B씨 등 3명은 지난해 8월 25일 법원이 발부한 영장 없이 마약 복용 혐의를 받던 A씨의 주택 담을 넘어 침입하였다. 집 내부로 들어간 경찰은 냉장고와 옥상, 가방 등 집안 전체를 수색했고 A씨에게 소변검사까지 강요하였다. 또한 A씨에게 욕설을 하면서 마약범 신고 제보를 하면 공작금을 주겠다고 회유한 의혹도 가지고 있다. 인권위는 "A씨의 동의를 받아 소변 검사를 진행했다고 주장하고 있지만 수사서류에는 소변·모발 채취 동의서가 작성되어 있지 않다"며 "헌법 제12조 제3항에 규정된 적법 절차를 위반해 신체의 자유를 침해했다"고 판단하였다.[26)]

---

24) 의협신문 2019년 3월 27일 기사 https://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=128349 (최종검색 2020.07.20.)

25) 뉴제주일보 2019년 2월 17일 기사 http://www.jejuilbo.net/news/articleView.html?idxno=114770 (최종검색 2020.07.20.)

▷ 경찰은 2013년 12월 22일 파업 중이던 철도노조 지도부를 체포하기 위해 은신 중인 것으로 알려진 민주노총 사무실에 강제 진입하기 위해, 대규모 경찰력을 투입하였다. 파업 때 경찰의 지도부 체포과정에서 불법행위로 손해를 입었다며 국가 등을 상대로 "출입·통행 권리를 방해하고, 압수수색 영장 없이 불법으로 침입하여 불법 체포·감금"을 이유로 2014년 3월 소송하였으나 항소심에서 패소하였고 제1심 경찰의 직무집행 위법이 아니라고 판결하였다. 2심에서는 항소를 기각하였다.[27]

▷ 2011년 6월 충남 논산에서 노래방을 경영하는 황모씨는 노래방에서 주류 판매 여부를 단속하는 경찰관을 발로 때리고 사진을 찍지 못하도록 막아, 공무집행방해 혐의로 기소되었다. 제1심 유죄선고에 대하여 "압수수색 영장이 없었고, 행정조사에 필요한 절차도 지키지 않았다"는 이유로 즉각 항소하였다. 이에 경찰은 단속 때마다 영장청구는 쉽지 않다는 이유를 받아 들여 1심에서는 유죄로 징역 1년을 선고 하였으나, 2심에서는 '경찰이 긴급하지도 않은 사안에 영장도 없이 압수수색을 했다'며 무죄를 선고하였다.[28]

다. 불법체류 외국인

▷ 이씨는 지난 2009년 8월, 2011년 3월과 4월 필로폰 밀수입 후 불구속 상태로 재판 중 중국으로 도피하였다. 2014년 6월 필로폰 운반으로 밀입국하는 등 마약류관리에관한법률위반(향정)·출입국관리법위반 등 혐의로 재판에 넘겨졌고, 2011년 8월 중국으로 도피해 생활하다 강제 퇴거 명령을 받자, 2013년 10월 인천항으로 입항하는 선박에 신발과 안경을 벗어둬 자살을 위장하고, 중국에 불법체류하였다. 이후 국내 밀입국하여 필로폰 밀수입 제안으로 중국으로 출국하였고 2014년 5월 영장 없이 검찰 수사관에게 적발되는 과정에서 임의제출 의사 형태로 제안 받고, 검찰은 필로폰을 압수하였다. 1심 재판부는 출입국관리법 위반 등 일부 혐의만 유죄로 판단하고, 2014년 필로폰 밀수입 혐의는 무죄로 판결하였다. 2심 재판부도 2014년 혐의는 임의제출로 볼 수 없다고 판단하여 1심판결을 유지하였다.[29]

---

26) News1 2018년 4월 23일 기사 https://www.news1.kr/articles/?3297461 (최종검색 2020.07.20.)
27) 뉴스1 2017년 8월 9일 기사 https://www.news1.kr/articles/?3070149 (최종검색 2020.07.20.)
28) 연합뉴스 2012년 11월 1일 기사 https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0005908844 (최종검색 2020.07.20.)

▷ 서울 신학대학으로 유학 온 몽골인 ㄱ씨가 아르바이트하는 광희동 몽골타운의 사무실에 출입국관리소 단속반원 6명이 영장 없이 들이닥쳐, ㄱ씨를 연행하였다. 체류자격, 성명 등을 확인한 뒤에도 "유학생이 일하는 것은 불법"이라며 하루 동안 목동 출입국관리소에 구금하였는데, 이는 G20 정상회의를 앞두고 이주노동자에 대한 반인권적인 단속으로 진행되었다. 민주노총·외국인이주노동운동협의회·이주노조·공익변호사그룹 공감 등은 "G20 빌미로 한 기만적인 이주노동자 합동단속 및 인권침해 중단"을 요구하였다. 한편 '외국인 밀집지역 특별단속 추진' 계획에 따르면, 불법체류자도 주요 단속대상에 포함돼, 경찰은 전국 어느 곳에서든 외국인으로 추정되는 모든 사람들에 대한 불심검문을 진행하고 영장 제시 없이 이주노동자 주거지나 공장에 무단 진입해 단속을 벌일 것이라 밝혔다. 경찰관계자는 출입국관리법상 경찰이 직접 불법체류자를 단속할 권한은 없으나, 검문검색 과정에서 불법체류자인 것을 인지하면 출입국관리소에 인계하는 차원이라고 설명했다.[30]

라. 기타

2018년 5월 지하철에서 앞에 선 여성 피해자의 치마 속을 휴대폰으로 4차례 몰래 촬영하고, 같은 해 3~4월에도 7차례 지하철 맞은편에 앉은 다른 피해자 4명 등의 치마 속을 몰래 촬영한 혐의로 기소되었다. 마지막 범행 당시 신고를 받고 출동한 경찰에 붙잡혔으나 1심은 유죄로 인정하여 1년 2개월, 집행유예 2년을 선고하였다.[31] 그리고 2심에서 재판부는 1심 형량을 유지하였으나, 체포 이전 7차례 촬영 혐의에 대해서는 무죄로 판단하였다. A씨는 체포과정에서 경찰에 휴대폰을 임의제출 했으나, 경찰이 영장 없이 압수한 휴대폰에서 추출한 촬영사진은 증거능력이 없다는 이유로 무죄를 선고하였다.[32]

---

29) 뉴스토마토 2016년 2월 29일 기사 http://www.newstomato.com/ReadNews.aspx?no=628979 (최종검색 2020.08.27.)
30) 경향신문 2010년 5월 14일 기사 http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201005141825425&code=940702 (최종검색 2020.07.17.)
31) 조선비즈 2020년 4월 26일 기사 https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2020/04/24/2020042403922.html (최종검색 2020.08.28.)
32) 중앙일보 2020년 4월 26일 기사 https://news.joins.com/article/23763136 (최종검색 2020.08.28.)

4. 수사 실무상에서의 영장주의

가. 개관

영장주의를 실무상에 대입하여 영장주의가 가지고 있는 문제점을 파악하기 위하여 경찰청내 영장과 밀접한 관련이 있는 실무자와 관계자, 그리고 전직 검찰과 국가정보원의 자문회의를 통해서 다음과 같은 문제점을 짚어 볼 수 있었다. 이를 구체적으로 살펴보면 사이버범죄수사팀의 현장에서의 영장주의가 가지고 있는 문제점과 일선 수사관이 현장에서 느끼는 문제점 위주로 고찰하였다.

나. 사이버범죄수사팀의 현장 수사

경찰서 사이버범죄수사팀은 서 내 수사팀 중 가장 많이 압수수색검증영장을 취급하는 부서로, 경찰서 수사팀 중 가장 많은 사건을 처리할 뿐 아니라, 사이버팀에서 접수하는 사기사건 가운데 절반 이상이 범죄자와 피해자 간에 만난 적이 없는 비대면 범죄로 인터넷 포털, 카페 등의 중고거래 사기 유형이 많다고 한다. 해당 사건의 추적을 위해 거의 모든 사건에 대하여 계좌 명의자 정보 확인 혹은 피의자 특정을 위해 대부분 금융계좌추적용 압수수색검증영장을 신청한다. 또한 범인의 추적을 위하여 통신영장(통신 수·발신, 실시간 추적), 개인의 신체와 가택에 대한 수색영장도 다양하게 접하는 편이라고 한다.

다양한 영장에 대하여 실무를 접하면서 여러 가지 실무와 법규상의 차이를 느끼면서, 대부분의 수사관들이 금융사와 통신사, 게임사 등에 개인정보를 요구할 때 영장을 팩스로 전송하는 부분에서 의문점이 출발한다. 원본제시가 원칙인 영장수사에 있어, 효율성 혹은 금융사 등의 인력부족을 이유로 하여 해당 개인정보 관리부서에 원본을 집행하지 않고 단순히 팩스로 영장을 발송하다 보니 해당 원칙(영장제시)이 당연히 지켜지지 않게 되고, 팩스로 내용을 전달하는 과정에서 누군가 내용을 임의로 변경한다거나, 수사기관임을 가장할 수도 있는 취약점이 나타날 수 있다는 것이다.

반대로, 그 수신 기관에서는 '영장을 받지 못했다'며 수신을 부인할 수도 있다. 실제로 마지막에 언급한 '수신 부인'의 경우에는 실무상 기계(전산)상의 오류 혹은

회신기관의 팩스 전달과정 누락 등으로 흔히 나타나고 있다. 다시 말해서 수사기관에서는 팩스를 보냈다고 하고, 회신기관에서는 못 받았다고 하는 경우가 종종 발생하고 있다. 결국 수사기관의 팩스에서 전송 실패가 되었거나, 수신을 받았음에도 전달과정에서 오류가 발생하는 문제가 확인된다. 최근 디지털포렌식 과정에서 전자정보의 압수-분석 과정에서 피의자 혹은 변호인 측에서 무결성의 문제를 가지고 위법 수집증거라며 트집을 잡는 것처럼, 압수영장과 집행, 정보회신과 수사기관의 정보 습득에서의 과정에서 피의자 측이 문제를 삼을 수도 있다는 것이다.

영장문서의 형식에서도 법원과 수사기관 간에 엇박자가 발생하는 부분이 있는데, 최근 전자영장에 대한 논의가 부분적으로 이루어지고 있다. 실무상으로 수사기관이 사용하는 KICS 문서에 전자바코드가 인쇄되어 나옴에도 불구하고 법원에서는 이를 인정하지 않고 있어 문서에 간인 혹은 천공을 하여 발부하고 있는 실정이다. 경찰과 검찰에서 영장을 신청하는 수사서류에 전자바코드가 인쇄됨에도 불구하고 수사관들은 사법경찰관 성명 옆에 도장을 찍으며, 추가로 간인도 하고 있는데, 이때 도장 및 간인이 누락되면 검찰 단계에서 반려된다고 한다.

그리고 원본제시의 원칙이 문제인지, 문서의 원본성이 문제인지는 모르겠지만, 가끔 영장의 스캔본을 팩스로 전송받은 업체(통신사)에서 '영장이 천공인지 간인인지 명확히 확인해야 하니, 팩스 외 이메일로 한번 더 스캔본을 보내주세요'라고 요구하는 해프닝도 발생한다. 실제로 지방법원마다 차이가 있어, 문서에 천공을 하는 경우도 있고, 판사의 간인이 되어 있는 경우도 있다. 아직 전자서명의 개념조차 보수적으로 반영되지 않는 시점에서, 전자영장 혹은 전자서명의 개념이 수사서류, 영장에 반영할 수 있을지 회의적으로 보는 시각이 우세하다.

또한, 압수영장은 강제수사의 수단임에도 불구하고 실무적으로는 임의수사의 수단으로 전락한 것이 아닌지에 대한 우려가 있는데, 압수영장의 역할과 그 효과성에 있어 실무상에서 점점 그 효력이 낮아지는 듯한 인상을 받고 있다고 한다. 금융기관의 경우에는 법률상 개인정보를 압수수색검증영장을 통해서만 회신할 수 있도록 규정해두어 논외로 치더라도, 통신사 혹은 포털사의 경우 2012년 경까지는 수사기관의 협조공문, 통신자료제공요청 등의 수단으로도 회신을 해주었던 내용을 '영장이 아니면 회신해주지 않겠다'는 식의 태도를 보이고 있다. 결국 압수영장이 기존의 협조 공문

정도의 신분으로 격하되었다는 것을 의미한다. 이는 2012년 네이버의 '회피연아' 민사소송 패소를 기점으로 일어난 변화이기도 하지만, 결국 통신사 혹은 포털(게임)사의 개인정보 관리부서의 인력과 비용 문제이로 보는 시각도 있다.

업체들 또한 압수영장에 대해서 전혀 무겁게 생각하지 않는데, 국내 유명 포털 업체에 인터넷 ID 등의 개인정보 회신요청을 담은 압수영장을 집행하더라도 그 회신에 2개월 가까이 걸리는 것이 현실이며, 2개월 가까이 지나서 '회신할 자료가 없습니다'라고 오는 경우도 허다하다. 최근 인터넷 상에서 기업의 구직, 구인정보를 제공하는 한 업체에서는 '수사기관의 압수수색영장에 회신해 준 적이 없다'는 문구를 직접적으로 홍보하는 경우도 있다는 점에서, 영장주의가 수사의 정당성에 아주 작은 힘을 실어줄 수는 있겠지만, 실질적으로는 수사의 효율성을 저하하는 요인이 될 수도 있다는 것에 그 문제점이 우려되고 있다.

금융기관 또한 임의수사에 의한 협조가 가능한 행정적인 부분을 영장에 의해서만 협조해주겠다는 태도를 보이고 있다. 경찰서 사이버범죄수사팀에서 가장 많이 접수하는 유형인 인터넷 중고거래 사기의 경우, 인터넷을 통한 범죄이기에 전국에서 피해자가 동시다발적으로 발생하게 된다. 수많은 경찰서에서 한 명의 피의자 정보를 파악하기 위해 수많은 영장을 신청하는 비효율성을 없애기 위해 피의자가 개설한 계좌 개설지(예컨대 국민은행 미근동지점에서 개설했다면 서울서대문경찰서)를 집중수사관서로 지정하여 빠르게 유선상으로 정보를 확인하여 사건을 취합하여 왔는데, 2018년부터 소수의 금융기관에서 '계좌 개설지 또한 개인정보이므로 영장에 의해서가 아니라면 정보를 알려줄 수 없다'고 주장하며 회신을 거부하였다.

게다가 2020년 3월경부터는 다중 사기 피해로 인해 수사기관이 지급정지를 요청하는 경우에도 '영장에 해당 내용을 적시해 달라'며 지급정지를 거부하였다. 법원에서는 영장(금융계좌추적용)에 해당 내용이 들어가는 것이 적절치 않다며 영장에 해당 내용을 기재할 경우 삭제하고 있으며, 피해는 고스란히 피해자들이 보고 있는 상황이라고 한다.

이처럼 인터넷은 국경이 없다는 점에서 압수영장의 효력이 사라지는 경우도 다수 발생하고 있다. 예컨대 미국의 페이스북과 인스타그램 등은 그 정보의 회신에 압수수색검증영장을 요구하면서도, '미국은 명예훼손과 모욕죄를 처벌하지 않기 때문에 영

장에 회신해줄 수 없다'는 태도를 유지 중이다. 전 국민을 공노케한 'n번방' 사건 등, 국제공조 수사가 날로 필요해지는 시점에서, 법원과 수사기관의 영장은 별 효력을 발휘하지 못하고 있는 실정이다.

위에 언급한 사례는 주로 '금융계좌추적용' 혹은 각종 개인정보 회신을 위한 '사전' 영장에 대한 논의였다면, 본래의 압수수색검증영장의 용도인 개인의 신체, 주거에 대한 압수수색검증영장의 경우에는 최근 다음과 같은 이슈가 발생하고 있다고 한다. 압수수색검증영장에 범죄사실이 그대로 기재되어 있는 경우가 대부분인데, 이러한 이유로 인하여 이런저런 문제가 발생하고 있다고 하는데, 그 이유는 첫째, 피의자에게 직접 영장을 제시할 때의 문제가 발생하는데, 범죄사실과 영장을 발부받기 위한 각종 범죄 혐의가 원본 그대로 작성되어 있다 보니, 수사도 하기 전에 원본을 제시받는 범인에게 위 수사 내용이 그대로 노출될 수 있다. 둘째, 피의자가 미성년자인 경우에 가족에게 이를 제시하고, 피의자가 거주지에 존재하지 않아 관리자에게 영장을 제시하는 경우, 제3자에게 영장을 제시하는 경우가 있는데, 이 역시도 범죄사실이 그대로 노출되어 피의자가 신병을 비관하는 등의 문제가 생길 수 있다. 최근 이러한 문제로 인해 범죄사실을 그대로 기재하지 않고 간단히 개요로만 작성하는 등의 조치가 있지만, 아직 이러한 부분에 있어서 법률이나 각종 규칙상에서 논의된 부분은 없는 것으로 보인다.

위에 열거한 문제점들에 대하여 법규의 개정 등을 통하여 해결할 수 있는 부분도 있겠지만, 실무자 혹은 업무상 해석 태도의 변경으로 해결할 수 있는 부분도 분명 존재할 것으로 보인다. 거시적 관점에서 정책을 리딩하는 중앙기관의 행정 역할과, 법리를 담당하는 법률가의 시각, 학문적으로 접근하는 연구자의 다양한 시선들이 모여 위의 문제들에 대한 종합적인 검토와, 해결이 필요할 것으로 보인다.

다. 수사현장에서의 영장주의

(1) 서설

언택트(untact)시대에 있어 정보통신망은 단순 실생활의 부속물이 아닌 독립적인 사회공간으로 자리매김했다. 자연스럽게 정보통신망 상에서 이루어지는 범죄가 점점

늘어가고, 수사기관은 정보통신망에서 각종 서비스를 제공하는 기관들에게 각종 단서를 의존하고 있다. 그러나 범죄가 점점 고도화, 지능화되는 반면에 수사의 단서를 확보하는 과정은 답보상태에 머무르고 있다. 수사 현실은 영장을 발부받아 이를 팩스로 관련 기관에 전달하고, 며칠 혹은 늦게는 몇 달 후 관련 정보를 다시 팩스 또는 이메일로 자료를 제공받아 수사를 진행하고 있는 실정이다. 이런 수사 현실에서 일선 수사관이 느끼는 문제점들은 다음과 같다.

(2) 제공받은 자료에 대한 신뢰도

압수수색검증영장을 팩스 또는 이메일 등으로 관련기관에 비대면으로 제시하고, 해당자료 역시 비대면으로 제공 받다보니 실제 회신 받은 자료가 제시한 영장에 따른 올바른 자료인지 확인할 방법이 없다. 자료를 제공하는 기관이 대기업일 경우 그나마 자료에 대한 신뢰도가 높은 편이지만, 개인이 운영하는 업체나 소규모 회사일 경우 회신 받은 자료에 대한 신뢰성이 낮아진다고 볼 수 있다. 일례로, 특정 VPN업체[33]에 통신자료제공요청을 통해 회신 받은 IP의 가입자정보가 의심스러워 압수수색검증영장을 발부받아 직접 해당 업체를 방문하여 자료를 확보했을 때, 통신자료제공요청을 팩스로 전달하여 회신 받은 정보와 다른 정보를 얻은 사례가 있었다. 이처럼 압수수색검증영장 집행의 상당부분이 비대면으로 집행되고, 담당 수사관이 자료 추출과정을 전적으로 자료제공 기관에 의존하고 있는 상황에서, 잘못된 자료를 제공하는 경우에 이를 검증할 방법이 없다. 이를 극복하기 위해서는 직접 방문하여 압수수색검증영장을 제시하고 자료추출과정을 확인해야 하나 제한된 시간과 인력 속에서 불가능하다.

(3) 비효율성

정보통신망상에서 피의자가 특정 범행을 저지르는 경우, 그 범행으로 인한 피해자는 전국에 동시다발적으로 발생하는 경우가 많다. 이 때, 각각의 피해자들은 주거지를 관할하는 수사기관을 방문하여 사건을 접수하게 되고, 사건을 접수한 수사관은 단서를 확보하기 위해 피의자가 이용한 정보통신망 서비스 제공업체에 자료제공을 요청하는 영장을 발부받아 집행한다. 판사는 각 사건에 대한 영장을 발부해야 하고, 자료를

33) 해외IP를 국내IP로 변환시켜주고 대가를 받는 업체를 말한다.

제공해야 되는 기관에서는 그 수많큼 발부된 영장을 접수하여 자료를 제공한다. 수명 혹은 수십 명의 수사관이 단 한 명의 피의자를 수사하기 위해 많은 영장을 발부받고 집행함에 따라 자료를 제공하는 기관에서는 관련 자료를 제공하는 데에 시일이 늘어날 수밖에 없는 구조이다. 예를 들어 많은 사람이 이용하는 메신저 업체는 압수영장에 대한 자료제공에 평균 2달이 소요되고, 인기 게임을 출시한 게임업체는 평균 3개월이 소요된다. 이와 같이 서비스를 이용하는 사람이 많을수록 더 많은 자료제공을 요청하는 영장을 접수하게 되고, 그에 따른 회신 역시 지연됨에 따라 전적으로 수사의 단서를 관련 업체에 의존해야 한다. 이처럼 수사기관의 입장에서는 아무것도 할 수 없이 사건을 묵혀둘 수밖에 없는 상황이 발생한다. 실제 회신을 받을 때 즈음엔 이미 시일이 오래되어 다른 증거가 전혀 남지 않는 상황이 초래된다.

또한, 피의자가 특정 서비스를 이용하여 범행을 한 후 바로 회원탈퇴를 하는 경우 피의자에 대한 어떠한 자료도 받을 수 없다. 일반적으로 영장을 신청하여 발부받아 집행하는데 최소 3일 이상이 소요된다는 것을 고려하면 가령, “회원 탈퇴하여 관련정보를 보관하고 있지 않다”는 회신 문서를 받을 확률 역시 높은 것이다. 이처럼 정보통신망상에서의 범죄는 신속히 영장을 발부받아 집행하여 자료를 회신 받아야함에도, 그 피해가 경미한 경우 검찰 사건계 직원, 담당 검사, 법원 직원, 판사를 모두 설득하여 영장을 발부받기란 사실상 불가능하다. 또한, 이 과정 자체가 많은 시간과 노력이 필요하기에 모든 사건에 이와 같은 예외를 적용할 수 없어 회원을 탈퇴하였다는 회신을 받는 빈도가 점점 늘어나고 있다.

(4) 정보유출의 가능성

영장에는 피의자의 개인정보와 범죄사실이 기재되어 있고, 영장이 팩스를 통해 제시될 경우 영장회신 담당자가 해당 영장을 보관하므로 관련 정보가 외부로 유출될 가능성을 배제할 수 없다. 또한, 팩스 번호를 잘못 입력하거나 변경되어 다른 곳으로 영장이 집행된 경우 개인정보 및 기타 범죄관련 중요 수사사항이 유출될 수 있으며 이러한 사례는 실제 현장에서 종종 발생하기도 한다.

(5) 전자정보에 대한 영장

대부분 범죄 관련 정보는 전자정보의 형태로 보관되어 있고, 휴대폰, 하드디스크 등 저장매체 원본이 아닌 그 안에 보관된 전자정보에 대한 압수영장을 발부받는 빈도가 높아지고 있다. 저장매체 원본에서 범죄혐의 관련 정보를 수색하던 도중, 또 다른 범죄관련 자료를 발견하는 경우가 종종 발생하는데, 이런 경우 즉시 압수영장 집행을 정지하고 현장을 보존한 후 다른 범죄혐의에 대한 압수영장을 재발부 받아 다른 범죄혐의 관련 전자정보를 추가 압수하도록 되어있다. 그러나 현실적으로 영장을 발부받는데 3~4일이 소요되고, 특히 주말 같은 경우에는 영장을 단시간 내에 발부받기 어려워 전자정보 압수 과정에서 피압수자에 대한 기본권 침해가 발생할 우려가 높다.

마찬가지로 최근 이슈로 떠오른 디지털 성범죄의 경우 빠르게 피의자를 검거하여 피해 관련 자료를 확보하고, 해당 자료가 더 이상 유포되지 못하도록 막는 동시에 유포된 게시글을 삭제조치 하는 것이 중요하다. 그러나 현실은 금요일 저녁 전 남자친구가 피해 여성을 협박하며 피해자의 나체 사진을 지속적으로 유포하고 있는 상황에서 피의자의 소재를 파악하여 빠르게 검거하고 추가 피해를 막는 것이 급선무였음에 불구하고 영장발부가 늦어져 다음 주 월요일이 되어서야 피의자를 검거할 수 있었다. 이러한 경우처럼 주말 또는 공휴일에도 영장신청 및 발부에 대한 절차가 자리 잡아, 영장이 늦게 발부되어 피해자 또는 피의자의 인권이 침해되는 사례가 발생해서는 아니 될 것이다.

(6) 전달과정

영장을 비대면으로 전송하는 경우, 수사기관은 정상적으로 전달하였다고 주장하나 기관이 이를 받지 못했다고 주장하는 경우 역시 존재한다. 이 때, 영장 유효기관이 도과하여 자료를 제공받기 위해 다시 영장을 발부받아 집행하는 일 역시 발생하는데 이로 인해 수사에 차질이 생긴 경우 그 책임소재 또한 불분명하다는 문제점을 지적하였다.

라. 영장주의 관련 실무상 문제점과 개선방안

영장주의는 근대적 권력분립원칙에 입각하여 수사의 목적 달성을 위한 효율성과

그 과정에서 침해되는 기본권 제한과의 균형을 도모하기 위한 수단으로 출발하였다. 이러한 관념은 우리 헌법 제12조와 제16조에 명문화되어 있는데, 헌법 제12조는 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다"라고 영장에 관해 규정하고 있다. 그런데 영장주의가 출발한 근대에서 현대로 넘어오면서 영장주의의 근본 관념은 변하지 않았지만, 영장주의가 작동하는 현실은 크게 변화하여 실무상 여러 문제점이 발생하게 되었다.

먼저, 행정작용에서의 영장의 필요성에 대한 검토가 이뤄져야 한다. 일반적으로 수사 목적이 아닌 순수한 행정목적으로 이뤄지는 국가의 공권력 행사에 대해서는 압수·수색·검증영장이 필요하지 않다고 본다. 이처럼 지금까지의 관념상 영장주의는 형사절차에서만 고려되어 왔고, 행정절차에서의 영장은 고려되지 않는 경우가 많았다. 그런데, 현대의 행정작용에 있어서 수사 활동을 겸하는 경우를 다수 발견할 수 있고, 이러한 과정에서의 행정조사 또는 자료수집 활동에 대해 '행정영장'의 필요성도 고민이 필요한 시점이다.

물론 경찰의 가정폭력 사건 대응에 있어서 '임시조치'의 경우에는 영장신청과 청구절차와 유사한 형태로 운영되고 있는 것은 사실이나, 이 외에도 행정상 행해지는 여러 강제조치들이 오직 법치주의에 근거하여서만 작동되고 있는 실정이며, 영장주의에 의한 통제는 부족한 상황이다. 가령, 이번 코로나19 대응에 있어서 「감염병예방법」에 근거한 성명 등 인적사항과 경제활동 내역, 과거위치정보 등 개인정보가 행정기관의 요청만으로 제공되고 있으며, 심지어 '기지국 수사'로 언급되며 영장에 근거하여서도 매우 제한적으로 행해지는 특정 지역(기지국) 접속자 정보도 영장 없이 수집하여 분석되고 있다. 행정기관의 이러한 조치들이 감염병 확산 방지를 위한 급박성을 요건으로 한 '즉시강제'라고 한다면 영장주의의 적용을 배제하는 것도 가능하겠지만, 그동안 행해진 사례를 봤을 때 영장을 발부받을만한 시간적 여유가 전혀 없었다고는 보기 어려우며, 특히 수집된 자료를 토대로 '역학조사 방해' 등 혐의로 수사가 개시될 수도 있다는 면에서 향후 행정영장의 도입이라든지 영장주의가 적용될 필요성이 있는 사례로 볼 수 있을 것으로 보인다.

다음으로, 휴대전화 압수수색 과정에서의 실무상 수차례 겪은 문제점으로서 휴대전화 내부 정보 수색을 위해 지문 등 생체정보를 이용하여 잠긴 휴대전화의 해제와

관련된 사항들이 영장주의와 관련하여 문제된다. 통상 전자정보 압수수색에 있어서 압수할 정보를 수색하여 특정하고, 선별하여 압수수색 절차를 마치기 위해서 휴대전화와 같은 전자기기의 암호 등 보안장치의 해제가 필수적이다. 다만, 보안장치의 해제는 영장으로 강제되는 것이 아니며, 수사기관이 보유하고 있는 기술 등을 이용하여 해제하거나, 상대방의 동의를 통해 잠금을 해제하고 수색하는 것이 일반적이다. 이러한 과정에서 상대방의 동의를 얻지 못하고, 휴대전화 자체의 강화된 보안기능 때문에, 압수대상 정보에 대한 본격적인 수색에 착수하지 못하게 되는 경우도 발생하게 된다. 최근 법무부장관이 언급한 '휴대전화 잠금 해제법'도 이러한 맥락에서 나오게 된 것이다.

그런데, 법률을 통해서 정보의 제출 또는 비밀번호의 제출, 특정행위를 강제하는 방법도 가능하겠지만, 형사법상 자기부죄거부에 관한 특권을 침해할 우려가 있는 등 비판도 상당한 것으로 보인다. 이러한 경우에 고려해 볼 수 있는 수단으로서, 비밀번호 또는 패턴 잠금에는 적용할 수 없지만, 지문이나 홍채, 얼굴인식 등 생체정보를 이용하여 잠금을 해제하는 경우에 검증영장 발부가 가능한 수단이 될 수 있는지 검토가 필요하다. 수사실무에서 상대방의 인적사항을 확인하기 위해 지문을 채취하는 경우에 검증영장을 발부받아 지문을 채취하는 경우가 가끔 있는데, 이와 유사한 형태로 검증영장이 상대방으로 하여금 특정한 행위를 강제하는 영장이라고 볼 수 있다면, 검증영장을 발부받아 잠긴 휴대전화에 지문을 인식시킨다든지, 얼굴 또는 홍채를 인식하게 하여 잠금을 해제하는 방법이 가능한지 여부에 대해 영장주의의 측면에서 검토가 필요하다. 그렇지 않다면, 형사소송법 제216조에 근거하여 영장 집행에 부수한 처분으로서 '건정을 열거나 개봉 기타 필요한 처분'에 해당하여 여전히 수사기관의 몫으로 남겨져 있는지 의문이다.

마지막으로, 압수영장집행과 정보주체에 대한 통지에 관한 세부절차가 마련되지 않은 문제점이 있다. 현대에 있어서 개인정보에 대한 관심은 그 어느 때보다 크다고 할 수 있는데, 정보주체로부터 직접 개인정보를 압수하게 된 경우에는 압수절차를 진행하게 되면서 영장주의가 예고하고 있는 통지라든지 기타 부수적인 절차가 지켜지게 되지만, '메일서버'와 같은 서로 다른 정보주체가 다수 존재하는 정보저장매체를 압수하거나 수색하였을 때, 정보주체에 대한 통지를 어떻게 하여야 하는지가 문제된

다. 현행 형사소송법은 제106조 제4항에서 정보저장매체 등의 압수를 통해 정보를 제공받은 경우 정보주체에게 해당 사실을 지체 없이 알려야 한다고 규정하고 있을 뿐, 어떠한 형식에 의하여야 하는지, 통지할 내용은 무엇인지 등 전혀 규정하고 있지 않다.

반대로 통신사실확인자료 또는 통신제한조치가 이뤄진 경우에는 법률에 정해진 절차에 따라서 검사의 처분이 있은 후로 30일 이내에 집행사실 등을 통지하도록 서식과 절차가 정해져 있다. 현행 형사소송법에 의한다면, '메일서버' 압수수색 과정에서 여러 명의자의 메일 내용을 압수하는 경우에, 정보주체에게 '지체없이' 통지하여야 하고, 이러한 경우 수사의 밀행성을 저해할 우려도 분명히 존재한다. 그렇기 때문에 영장주의의 관념을 관철시키기 위한 세부 절차가 추가로 규정될 필요가 있다.

이와 같이 영장주의를 현대적 관점에서 관철시키기 위해서는 여러 장애요인이 존재하고, 위에서 언급한 내용 외에도 발견할 수 있는 다양한 문제점이 존재할 수 있을 것이다. 그러므로 영장주의의 현대적 의미를 되새기고, 실체적 진실을 밝히기 위한 수사 필요성과 침해되는 개인의 기본권과의 조화를 도모할 수 있는 현대적 균형점을 발견하기 위한 노력이 필요할 것을 제시하였다.

제3절 | 주요 판례의 동향

1. 2018년 6월 헌법재판소 판결

가. 사건개요

"2011. 12. 26. 서울 서초구 ○○동에 있는 ○○회관에서 ○○당 당대표 선출을 위한 예비경선 과정 중 성명불상자의 선거인들에 대한 금품살포 의혹이 언론보도 등을 통해 제기되었다."[34] "수사에 착수한 피청구인은 사건 현장에 설치되어 있던 폐쇄회로 텔레비전(CCTV) 자료를 확인하여 위 성명불상자가 이동전화로 통화하는

34) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).

시각에 기초하여, 2012. 1. 25. 18:10경 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자들에게 2011. 12. 26. 17:00부터 17:10 사이 ○○회관을 관할하는 기지국을 이용하여 착·발신한 전화번호, 착·발신 시간, 통화시간, 수·발신 번호 등의 통신사실확인자료 제공을 요청하였고," "전기통신사업자들로부터 청구인을 포함한 총 659명의 통신사실확인자료를 제공받았다."[35]

"청구인은 인터넷 언론의 기자로서 위 시각에 ○○회관에서 ○○당 당대표 선출을 위한 예비경선을 취재하였는데, 2012. 3. 20. 피청구인으로부터 위와 같은 통신사실확인자료 제공요청 집행사실을 통지받아 위 수사에 관하여 알게 되었다."[36] "이에 청구인은 위 수사 및 그 근거조항인 통신비밀보호법 제13조 제1항, 제2항이 청구인의 통신의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등 기본권을 침해한다고 주장하면서, 2012. 6. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다."[37]

나. 판단 및 결론

"이 사건 기지국 수사에 대한 심판청구는 부적법하여 각하하고, 이 사건 허가조항에 대한 심판청구는 이유 없어 기각하며, 이 사건 요청조항은 헌법에 합치되지 아니하나 2020. 3. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용하기로 하여 주문과 같이 결정한다."[38] 우선, 재판관 김00, 재판관 서00, 재판관 조00의 이 사건 요청조항에 대한 반대의견을 살펴보면 다음과 같다.

"먼저, 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성과 관련해서 이 사건 요청조항은 범죄수사를 위하여 필요한 경우 수사기관이 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자에게 해당 가입자의 전기통신일시, 통화시간, 상대방의 가입자번호, 사용도수 등 통신사실확인자료를 제공요청 할 수 있도록 하고 있으므로, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정된다고 보았다."[39] 그리고 "침해의 최소성과 관련해서는 기지국 수사는 혐의자를 특정하기 위한 경우와 피의자가 특정된 상태에서 그 위치정보를 확인하기 위한

35) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
36) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
37) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
38) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
39) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).

경우가 있다." "기지국 수사는 주로 범죄의 수사를 시작하는 초동수사 단계에서 특정 시간대 특정 기지국에서 발신된 모든 통신번호 등을 제공받는 수사방식으로 활용되는 통신사실확인자료이고,"[40] "특히 혐의자를 특정할 수 없는 연쇄범죄가 발생하거나 동일 사건 단서가 여러 지역에서 시차를 두고 발견된 경우에 사건발생지역 기지국에서 발신된 전화번호들을 추적하여 혐의자를 좁혀나가는 수사기법으로 활용되고 있으며,"[41] "실체적 진실발견과 국가형벌권의 적정한 행사를 위하여 수사기관으로 하여금 법원의 허가를 얻어 기지국 수사를 허용할 필요가 있고," "종래 범죄에 대한 초기 대응의 중요성과 필요성이 꾸준히 지적되어 온 점 등에 비추어 보면,"[42] "범죄예방과 사건의 조기해결을 위하여 수사기관으로 하여금 특정 시간대 특정 기지국에 있었던 불특정 다수인의 통신사실확인자료까지도 그 제공을 요청할 수 있도록 허용할 필요성이 크고, 이는 입법형성권의 범위 내에서 규정된 것이다."[43]라고 보았다. 한편, "통신사실확인자료는 통신을 하기 위하여 필연적으로 발생하는 통신이용의 전반적 상황에 관한 정보로서 전자적으로 저장되는 '비내용적 정보'라는 점에서 구체적인 통신내용을 대상으로 하는 '범죄수사를 위한 통신제한조치'(통신비밀보호법 제5조 이하)와 달리 기본권 제한의 정도가 그리 심각하지 아니하다."[44]고 본 것이다.

이에 반하여 다수의견은 "침해최소성과 관련하여 그 대안으로, ① 대상범죄를 한정하는 방안, ② 보충성을 요건으로 추가하는 방안, ③ 1건의 허가서로 불특정 다수인에 대한 기지국 수사를 못하도록 하는 방안을 제시하고 있다." "다수의견의 ① 방안은 기지국 수사를 허용할 범죄와 그렇지 아니한 범죄를 나누는 기준도 모호하거니와, 급속한 정보통신기술(IT)의 변화·발전에 따른 새로운 유형의 범죄방식과 새로운 기술적 접근 가능성에 대하여 법률에서 일괄적으로 규정하기 어려운 현실적인 문제를 고려하지 않고 있다."[45] "익명에 의한 사이버명예훼손의 경우와 같이 범죄 발생 자체는 분명하지만 혐의자 자체를 특정하기 어려운 경우, 범죄 자체는 통신제한조치(감청) 대상범죄에 해당하지 않지만 피해자가 다수이고 광범위한 지역에 걸쳐 발생하는 경

40) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
41) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
42) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
43) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
44) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
45) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).

우, 혐의자가 이른바 대포폰을 이용하고 있는 경우 등, 인터넷 규약(IP)주소 추적이나 기지국 수사를 통해 혐의자 내지 피의자를 신속하게 특정 내지 검거함으로써 피해자를 보호하고 피해의 확산을 막을 필요성이 인정되고,[46] 위 수사방법 이외에 덜 침해적이면서도 동일한 목적을 달성할 수 있는 다른 수단을 찾아보기 어렵다."[47] "기지국 수사를 이용하면 사건의 조기해결이 가능한 사안임이 명백한 경우에도 중요범죄가 아니라는 이유로 이를 전혀 활용할 수 없게 되면 수사에 난항이 예상되고, 이는 또 다른 추가범죄로 연결되어 결국 국민의 재산이나 생명·신체의 안전에 상당한 위험을 초래할 수 있다."[48]

또한 "다수의견의 ②방안은 통신제한조치는 통신의 비밀에 대한 직접적이고 강력한 제한이기 때문에 보충성이 요구되고 통신비밀보호법 제5조 제1항에서도 보충성을 규정하고 있음에 반하여, 기지국 수사를 포함한 통신사실확인자료 제공요청은 간접적이고 완화된 제한이어서 통신비밀보호법에서 보충성을 규정하고 있지 아니하며,[49] 이러한 입법자의 결단이 특별히 불합리하다고 보이지도 아니한다."[50] "통신제한조치의 경우와 기지국 수사의 경우는 범죄수사를 위한 허용 대상범죄, 그 정보의 성질과 내용 및 그 사용되는 용도 등에 있어 차이가 있으므로 이를 동일 선상에서 논의할 것은 아니다."[51] "수사실무상 통신사실확인자료 제공의 요청은 거주지 등에 대한 탐문수사나 감시활동 등으로 소재 파악이 어려울 때 비로소 이용되고 있는 점에서 이미 보충성을 고려하고 있다." "기지국 수사에 보충성 요건을 추가로 요구하는 경우, 전기통신사업자의 통신사실확인자료 보관기간이 발신기지국의 위치추적 자료의 경우에는 12개월, 접속지의 추적자료의 경우에는 3개월로 단기라는 점에서(통신비밀보호법 시행령 제41조 제2항 참조), 통신사실확인자료를 수사에 활용하기 어렵게 될 수 있다."[52]

"다수의견 ③방안은 수사실무상 기지국 수사의 허가서가 발부되면 허가서에 기재된

46) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
47) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
48) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
49) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
50) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
51) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
52) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).

사용기간 동안 통화가 발생하지 않더라도 매 10분 또는 30분 간격으로 자동으로 단말기의 위치를 확인하고, 기지국의 위치정보를 담당 수사관의 휴대폰 단문 메시지(SMS)로 발송하며, 전기통신사업자는 위치추적정보 데이터는 저장하지 않고 즉시 삭제하고 있다고 하므로,[53] 발신기지국의 실시간 위치추적으로 인하여 그 목적과 무관하거나 추가적인 기본권 침해는 발생하지 아니한다."[54] 또한 "기지국 단위로 제공받은 통신번호들 중 수사에 의미 있게 활용될 수 있는 1-2개의 통신번호만을 추출하여 활용할 뿐 당해 수사와 관련 없는 제3자의 정보통신기기의 위치정보를 가공하거나 제3자에 관한 개인정보를 추적하지도 아니하고 이를 별도로 보관·저장하지 않고 삭제하고 있는 점에 비추어 보면, 인적 정보와 결합되지 아니한 대다수의 통신번호는 그 정보주체를 특정할 수조차 없다는 점에서 기본권 침해가 문제될 소지는 거의 없다."[55]

따라서 "1개의 허가서 당 수천 여개의 통신번호가 집계된다거나 범죄와 아무런 관련이 없는 사람들의 정보를 대량으로 제공받는다는 등의 다수의견의 우려와 과장은 기지국 수사의 본질에 맞지 않거나 공연한 기우에 불과하다."[56] "다수의견과 같은 견해를 취한다면 일부 혐의자를 확인하기 위하여 군중집회의 사진을 찍고 그 중에서 혐의자를 확인하는 작업이나, 폐쇄회로 텔레비전(CCTV)을 통해 수많은 행인 등의 정보를 검색하는 과정, 혐의자의 인상착의 등을 기초로 사진대조작업을 하는 등의 수사 활동도 모두 과도한 기본권의 제한으로서 금지되어야 한다는 결론에 이른다."[57]

아울러 강제처분에 해당하는 통신사실 확인자료 제공요청은 필요한 최소한도의 범위에서 하여야 하는 점(형사소송법 제199조 제1항 단서), 통신비밀보호법 제13조 제2항은 제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료 제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 하도록 하고 있어 그 범위가 매우 제한적인 점,[58] 통신사실확인자료의 사용제한에 관하여 통신비밀보호법 제12조 제1호를 준용하도록 하고 있는 같은 법 제13조의5에 의하면, 통신사실확인자료 제공요청에 의하여 취득한 통신사실확인자료를 범죄의 수사를 위하여

53) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
54) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
55) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
56) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
57) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
58) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).

사용하는 경우 그 대상범죄는 통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄에 한정되는 점[59], 수사기관은 기지국 수사를 통하여 특정 일시·장소에서의 전기통신개시·종료시간, 통화 상대방의 전화번호 등 제한적인 정보만을 취득할 수 있는 점 등에 비추어 보면,[60] 이 사건 요청조항은 수사의 목적을 달성할 수 있는 필요한 최소한도의 범위 안에서 기지국 수사를 허용하고 있어 그 요건이 지나치게 완화되어 있다고 보기 어렵다.[61]

"수사실무상으로도 다른 방법으로는 용의자를 특정할 수 없는 경우와 같이 예외적인 경우에만 기지국 수사를 위하여 통신사실확인자료 제공요청 허가신청을 하고 있고, 법원 실무 또한 영장청구사건을 담당하는 판사가 통신사실확인자료 제공요청 허가를 담당하도록 하고 있어[62], 범죄 혐의사실의 구체성 및 중대성, 필요로 하는 자료의 종류 및 기간, 당해 위치정보 추적으로 인한 피의자나 전기통신사업자의 법익침해 가능성, 다른 증거수집방법의 존부 등을 종합적으로 고려하여, 통신사실확인자료 제공요청의 허가범위를 조절하거나 불허하는 방법으로 수사기관의 남용 가능성을 최소화하고 있다."[63] "특히 요청서 및 허가서에 단순히 필요한 자료에 대한 추상적·포괄적 요청 또는 허가가 아니라 필요한 자료의 종류와 '필요로 하는 기간'을 특정하도록 요구하고 있고, 더욱이 이 사건에서는 17:00부터 17:10까지 10분 동안으로 한정하여 허가하고 있는바, 이는 과도한 기간으로 인한 폐해를 통제하기 위한 것이라는 점에서 기본권 제한과 관련하여 매우 중요한 의미를 갖는다."[64] "다수의견이 들고 있는 범죄수사를 위한 통신제한조치 허가신청에 대한 법원의 기각률과 통신사실확인자료 제공요청 허가신청에 대한 법원 기각률의 차이는 통신비밀보호법상의 실체적 요건 자체의 본질적인 차이에서 비롯되는 것이거나 각각의 허가신청에 대한 소명의 정도, 법원의 허가기준 등의 차이에 따른 것으로 이를 단순 비교할 것이 아니고, 오히려 압수·수색·검증영장에 대한 법원의 기각률에 비해서는 통신사실확인자료 제공요청 허가신청에 대한 법원의 기각률이 높다는 점에 비추어 보면 통신사실확인자료 제공요청에 대한

59) 대법원 2014. 10. 27. 선고 2014도2121 판결 참조.
60) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
61) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
62) 통신제한조치 등 허가규칙(대법원규칙 제2113호) 제3조 참조.
63) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
64) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).

법원 통제의 적정성을 의심할 것도 아니다."[65]

"그밖에 통신비밀보호법은 범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공요청에 대한 사후통지의무(제13조의3), 통신사실확인자료 제공에 관여한 통신기관의 직원 등의 통신사실확인자료 제공 사항에 대한 비밀준수의무(제13조의5, 제11조), 통신사실확인자료 제공요청서 등 관련 자료의 비치·보존의무(제13조 제5항 내지 제7항), 비밀준수의무 위반 및 관련 자료의 비치의무 위반 시 형사처벌(제16조, 제17조) 등과 같이 위치정보 추적자료를 포함한 통신사실확인자료 제공요청의 남용을 방지할 수 있는 여러 조치를 마련하고 있어 정보주체의 기본권 제한을 최소화하고 있다."[66] "사정이 이러하다면 이 사건 요청조항이 침해의 최소성에 반한다고 보기 어렵다."[67]

또한 법익의 균형성면에서 보면, "이 사건 요청조항으로 달성하려는 공익은 범죄에 대한 신속한 수사를 통해 범인을 검거하고 추가적인 피해 발생을 방지함으로써 실체적 진실을 발견하고 국가형벌권을 적절하게 행사함과 동시에 궁극적으로는 피해자의 인권을 보호하기 위한 것인 반면, 이 사건 요청조항에 의해 제한되는 사익은 특정 장소, 특정 시간대에 있었던 정보주체의 비내용적 정보에 해당하는 통신사실확인자료가 수사기관에 제공되는 것으로서, 그로 인해 제한되는 사익이 달성하려고 하는 공익보다 더 크다고 할 수 없다."[68] "통신비밀보호법이 통신제한조치의 경우에는 대상범죄를 한정하면서도(제5조 참조) 통신사실확인자료 제공의 경우에는 그 대상범죄를 제한하고 있지 않는 것(제13조 참조)은, 감청 등의 통신제한조치에 비해 통신사실확인자료의 제공이 기본권 침해가 덜하다는 점이 고려된 것이고, 범죄수사 내지 피의자 등의 소재파악을 통해 달성하려는 공익이 통신사실확인자료의 제공에 의해 침해되는 사익보다 크다고 인정되기 때문이다."[69]

특히 "기지국 수사의 경우, 수사기관은 수집한 정보를 가공하지 않고, 이를 토대로 해당 정보통신기기의 가입자가 누구인지 등을 추가로 확인하지도 않는다. 또한 수집된 해당 정보통신기기의 위치정보는 전기통신사업자에 의해 저장되지 않고 즉시 삭제되거나, 수사기관에 의해 별도로 보관·저장되지 않고 수사의 필요성이 종료됨과 동시

65) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
66) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
67) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
68) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
69) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).

에 삭제되고 있다."[70] "따라서 기지국 수사를 통해 달성하려는 공익인 수사의 필요성에 비해 제3자의 개인정보자기결정권의 침해 정도는 매우 미약한 것으로 보인다." "이와 같은 수사실무 및 법원의 통신사실확인자료 제공요청시의 허가기준 등을 고려할 때, 이 사건 요청조항의 오·남용에 의한 기본권 침해의 위험은 매우 제한적인 것으로 보인다." "그러므로 이 사건 요청조항은 법익의 균형성도 인정된다."[71] 그러므로 "이 사건 요청조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해하지 아니한다고 결정하였다."[72]

다. 검토

헌법재판소는 "위치추적 자료의 제출 및 열람을 요구할 수 있게 한 통신비밀보호법 제13조 제1항"의 명확성의 원칙 위반여부와 관련[73]하여 "수사를 위하여 필요한 경우란 위치정보 추적자료가 범인의 발견이나 범죄사실의 입증에 기여할 개연성이 충분히 소명된다는 전제 하에 범인을 발견·확보하며 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동을 위해 그 목적을 달성할 수 있는 범위 안에서 관련 있는 자에 대한 위치정보 추적자료 제공요청이 필요한 경우를 의미한다"고 보아 위반되지 않는다고 보았다.[74] 반면, "과잉금지 원칙과 관련해서 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해하는지의 판단에서 침해의 최소성과 법익 균형성을 갖추지 못했다고 판단했다."[75] "위치추적 자료를 제공받은 사건에 관해 공소를 제기하거나 공소제기 또는 입건을 하지 않는 처분을 한 경우에 당사자에게 정보제공 사실을 통지하도록 하는 동법 제13조의3에 대해서는 적법절차원칙 위배에 따른 개인정보자기결정권 침해라고 판시했다."[76]

헌재는 "이 사건 통지조항은 수사가 장기간 진행되거나 기소중지결정이 있는 경우에는 정보주체에게 위치정보 추적자료 제공사실을 통지할 의무를 규정하지 아니하고, 그 밖의 경우에 제공사실을 통지받더라도 그 제공사유가 통지되지 아니하며, 수사목

70) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
71) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
72) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
73) http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=48079 (최종검색 2020.05.17.)
74) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
75) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
76) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).

적을 달성한 이후 해당 자료가 파기됐는지 여부도 확인할 수 없게 되어 있어 정보주체로서는 위치정보 추적자료와 관련된 수사기관의 권한 남용에 대해 적절한 대응을 할 수 없게 됐다"고 지적했다.[77] 또한 "수사가 장기간 계속되거나 기소중지된 경우라도 일정 기간이 경과하면 원칙적으로 정보주체에게 그 제공사실을 통지하도록 하되 수사에 지장을 초래하는 경우에는 중립적 기관의 허가를 얻어 통지를 유예하는 방법, 일정한 조건 하에 정보주체가 그 제공요청 사유의 통지를 신청할 수 있도록 하는 방법, 통지의무를 위반하거나 수사기관을 제재하는 방법 등의 수단이 있다"고 설명했다.[78] 이에 "통지조항에 대해서는 통신사실확인자료 제공사실을 수사 진행 중에 정보주체에게 알려주는 경우 피의자 및 그와 관계있는 자들이 이동전화나 인터넷의 이용을 중단하거나 도주·증거인멸 할 가능성을 배제할 수 없다는 점, 정보주체가 피의자인 경우 공소장부본의 송달이나 불기소처분결과 통지 등을 통해 통신사실확인자료 제공요청 사유를 알 수 있으며 정보주체가 피의자가 아닌 경우 피의자의 명예와 사생활 보호 측면에서 제공요청 사유의 미통지가 바람직할 수 있다는 점 등을 이유로 합헌 입장을 나타냈다."[79]

또한 "통신사실확인자료는 비내용적 정보로서 기본권 제한의 정도가 심각하지 않은 점, 보충성 요건이 반드시 필요한 범죄와 그렇지 않은 범죄를 나누는 기준도 모호하고 보충성 요건을 추가할 경우 수사지연과 추가범죄로 연결될 가능성이 있는 점, 서면을 통해 법원의 허가를 얻어 실시하도록 하는 점 등을 합헌 의견의 근거로 제시했다."[80]

그러나 헌재는 이번 결정에 대해 "… 수사의 필요성만 규정하고 있기 때문에 수사기관의 입장에서 수사의 필요성이 있는 경우라면 법원은 이를 허가할 수밖에 없게 된다. 그 결과 수사기관의 통신사실확인자료 제공요청 허가신청에 대한 법원의 기각률은 약 1%에 불과해 수사기관의 권한남용과 정보주체의 기본권 침해가 우려되는 상황에 이르렀다"고 말했다.[81] "아울러 동법의 통신제한조치(제5조, 제6조)가 대상범죄를 제한하고 보충성을 요구하는 방식으로 수사기관의 남용방식을 제한하고 있으며 외국의

77) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
78) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
79) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
80) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
81) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).

입법례도 유사한 형태의 제한과 사후통지 강화 등으로 범죄 억제와 기본권 보호를 조화시키기 위해 노력하고 있다는 점을 언급하며," "향후 국회의 개선 입법에 따라 위치정보 추적자료 제공요청의 요건이 추가되고 정보주체인 국민을 위한 사후통지 절차가 강화된다면 위치정보 추적자료 제공요청의 오남용으로 인한 국민의 개인정보 자기결정권과 통신의 자유 제한이 최소화될 것으로 기대한다"고 전했다.[82]

2. 2018년 8월 헌법재판소 판결(디엔에이감식시료채취영장 발부 위헌확인 등)[83]

가. 사건개요

다수의견은 기본권 침해의 중대성을 근거로 영장주의로 접근할 사안으로 보고 있는데, "(…) 디엔에이감식시료의 채취는 채취대상자의 동의가 없는 한 영장에 의해서만 가능하고, 영장 발부 여부는 앞서 본 바와 같이 판사가 종합적으로 채취의 필요성과 상당성 등을 고려하여 결정하도록 하고 있다. 그런데 영장 발부 여부는 채취대상자에게 자신의 디엔에이감식시료가 강제로 채취당하고 그 정보가 영구히 보관・관리됨으로써 자신의 신체의 자유, 개인정보자기결정권 등의 기본권이 제한될 것인지 여부가 결정되는 중대한 문제이다. 바로 이러한 이유 때문에 채취대상자가 동의하지 않으면 영장에 의하지 아니하고는 디엔에이감식시료의 채취를 할 수 없도록 하는 영장주의를 취하고 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 영장절차 조항은 '디엔에이감식시료 채취영장을 청구할 때에는 채취대상자의 성명, 주소, 청구이유, 채취할 시료의 종류 및 방법, 채취할 장소 등을 기재한 청구서를 제출하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부하여야 한다'는 규정만 둠으로써(제4항), 영장 발부 여부를 검사가 제출한 자료만으로 판단하도록 할 뿐, 채취대상자로 하여금 이러한 영장절차에서 의견을 진술하고 소명자료를 제출할 기회를 부여하는 규정은 두고 있지 않다. (…)"

반대의견도 기본적인 전제로서 기본권 침해의 중대성을 전제로 접근하고 있으나, 대상법률의 취지상 기본권 침해의 중대성이 크지 않고 영장주의에 의한 사법적 통제 필요성이 상당히 축소되는 사안이라고 보고 있는데, "이 사건 영장절차 조항에 의한

82) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마538 결정; 헌법재판소 공보 제261호(2018.06).
83) 자세한 것은 http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=48079 참조. (최종검색 2020. 04.21.)

디엔에이감식시료채취영장 청구는 이미 형이 확정된 특정범죄를 저지른 사람과 관련해서 영장을 청구하는 것이므로 채취대상자의 의견을 직접 청취할 필요성은 제한적이라고 할 수 있다. (…) 나아가 디엔에이법 제5조 제1항에서 정한 죄로 형이 확정된 사람 이외에도 같은 죄로 보호관찰명령・치료감호선고・보호처분결정을 받은 사람이나 구속영장이 발부되어 구속된 피의자도 마찬가지로 그 해당 절차에서 법원의 판단을 이미 받은 사람이므로, 그들에 대하여도 디엔에이감식시료채취영장 청구에 관해 의견을 직접 진술할 기회가 반드시 별도로 부여되어야 하는 것은 아니다."라고 판시하였다.

나. 검토

대상 결정의 문제점은 검토대상 법률의 성격을 충분히 규명하지 못한 점에서 시작한다. 헌법재판소는 대상법률의 입법취지와 경위를 다음과 같이 정리하고 있는데, "범죄자 유전자 정보은행의 설립에 관한 논의는 이미 1990년대 중반부터 시작되었고, 2006. 8. 1. 정부가 '유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안'을 국회에 제출하였으나 제17대 국회의 회기만료를 이유로 폐기되었다. 이후 사회적 이목을 끄는 강력사건이 잇따라 발생하자, 조속히 범인을 검거하고 아울러 범죄예방의 효과를 높이기 위하여 디엔에이신원확인정보 데이터베이스 설립의 필요성이 다시 대두되었으며, 국회는 2010. 1. 25. 디엔에이법을 제정하여 디엔에이신원확인정보를 수집하여 범죄수사 등에 이용할 수 있도록 하는 디엔에이신원확인정보 데이터베이스 제도를 도입하였다."라고 보았다.

헌법재판소 결정의 전체 취지를 보면, 장래 범죄를 저지를 때 수사의 편의를 도모하고 자신의 디엔에이 정보를 국가가 관리하고 있다는 점에서 범죄를 낮추고자 하는 것으로 보고 있다. 이에 쟁점을 검토하면, 검토대상 법률 제5조는 디엔에이감식시료의 채취 여부에 있어서 검사의 재량을 인정한 재량규정이다. 동일한 범죄로 유죄확정판결을 받은 사람 중에서 검사가 청구하여 법관이 영장을 발부한 사람만 채취 대상자가 되는 것이나. 대상자가 불복하는 경우 검사의 청구에 의하여 "판사가 채취의 필요성과 상당성 등을 종합적으로 고려하여"[84] 결정하는 구조이다(여기에 그 이하의 같은 법 제8조의 규정은 수사절차상 강제처분에서 영장주의 규정과 동일하게 규정되어

있음). 여기에서는 검사는 채취 필요성에 대한 1차적 판단을 하게 되는데, 다수의견에 따르면, 범죄수사를 위한 행정적 정보처리와 범죄예방을 위한 보안처분의 성격을 겸유한 것으로 설명되고 있다.

"디엔에이법에 따라 특정범죄를 저지른 사람으로부터 디엔에이감식시료를 채취하는 것은, 특정범죄를 저지른 사람의 디엔에이신원확인정보를 미리 확보・관리하여 조속히 범인을 검거하고, 무고한 용의자를 수사선상에서 조기에 배제하며, 아울러 범죄예방의 효과를 높이기 위한 것으로서, 그 대상자의 신체의 자유를 제한한다."그런데 다수의견과 같이 해석하면, 검사의 재량에 따른 디엔에이 정보수집은 (기속규정으로 정한 경우와 달리,) 사법행정적인 정보수집이 아닌 일종의 보안처분으로서의 성격이 강하게 된다. 만일 이 규정이 기속규정이라면 이 법률의 문제는 영장주의의 위반보다는 적법절차 위반으로 다루어지게 될 사안이다. 재량규정으로 보안처분을 규정하고 이에 대해서 법관의 통제를 받도록 한 결과, 조문체계를 전체적으로 보면, 법관이 이에 대해 판단을 하여야 하고 그 판단의 결과로 영장을 발부하는 것으로 되어 있다. 여기에서 그 판단결과인 영장에 대한 불복절차 등이 규정되어야 하는 등의 절차적 보완이 필요한 것으로 일반적인 영장주의 사안과 동일한 논리가 나오게 된다.[2020.1.21.개정으로 법 제8조의2(불복절차)가 신설되었음.] 한편, 반대의견의 다음 지적은 이 점과 관련이 있으나, 위와 같은 논증이 결여된 결과 유죄확정 판결을 받은 바 있으니 영장주의를 배제할 수 있다는 논증에 머무르게 되었다. "'성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법'은 제42조에서 특정범죄로 유죄판결이나 약식명령이 확정된 자 및 같은 법에 따라 공개명령이 확정된 자에 대해 별도의 절차 없이 신상정보 등록대상자가 되도록 하고, 등록대상자로 하여금 기본신상정보가 변경된 경우 그 사유와 변경내용을 일정 기간 내에 제출하도록 하는 등의 의무를 부과하고 있다."법 제5조가 '범죄수사를 위한 행정적 정보처리와 범죄예방을 위한 보안처분의 성격'을 모두 가지고 있는 점을 동의하는 전제에서 대상규정이 재량규정임을 고려하지 않았다. 이에 대해서 헌법재판소가 합헌으로 결정한 점에서 이 사안이 근본적으로는 대상법률의 문제가 규정체계에서 기인하는 것임을 시사한다. 위와 같은 문제를 야기한 근본적인 원인은 유죄확정 판결을 받은 자의 디엔에이 정보에 대한 관리에 대해 상세한 입법적

84) 헌법재판소 2018. 8. 30 자 2016헌마344・2017헌마630 결정.

결단을 하지 아니하고 만연히 영장주의의 입법체계를 답습하였기 때문으로 보여진다.

요컨대, 이 대상법률에 대한 논점은 반드시 영장주의와 직결된 문제로 보기 어렵고 적법절차의 문제나 법관유보에 의한 사법적 통제의 문제로 접근했어야 할 사안으로 보인다. 2020.1.21.개정으로 법 제8조의2(불복절차)가 신설되었지만, 왜 동일한 범죄를 저지르고 확정판결을 받은 사람 중에 검사가 영장을 청구한 사람만이 되는 것과 관련한 기준의 미비, 평등권 차원의 문제 등은 개정 전과 후를 불문하여 여전히 남아 있게 되는 문제이다.

3. 2017도 9747 대법원 판결

가. 원심(서울고등법원 2017. 6. 13. 선고 2017노23) 판결 소개

"① 압수·수색에 관한 형사소송법의 제 규정들을 보면 형사소송법에서 정하고 있는 압수·수색은 피고인 또는 피의자 등을 상대로 이루어지는 대인적 강제처분이 아니라 압수할 물건을 상대로 이루어지는 대물적 강제처분이라고 할 것이고, 전자우편 등 통신비밀보호법 제2조 제3에서 정하는 전기통신에 대한 압수·수색 역시 비록 그 대상이 유형물이 아니어서 실제 압수·수색을 하기 위해서는 해당 자료를 보관하고 있는 기관 등의 협조가 필수적이라는 특징이 있기는 하나, 이를 달리 볼 것은 아니라고 할 것이다. ""그런데 만약 수사기관이 특정 이메일서비스 이용자로부터 이메일 계정에 관한 접근권한에 관한 자료(ID, 비밀번호)를 확보하였음을 기화로, 외국에 위치한 서버에서 해당 디지털 정보 자체를 보관하고 있는 이메일서비스제공자에 대한 강제처분이 아닌 그 밖의 방법에 의하여 해당 이메일 계정에 접근하여 관련 전기통신 등에 관한 자료를 확보하는 것은 형사소송법이 상정하고 있는 압수·수색의 방법은 아닌 것으로 보인다."[85] ② "더욱이 이러한 압수·수색의 경우, 형사소송법이 정하고 있는 압수·수색의 집행방식에도 부합하지 아니한다."[86] "즉, 실제로는 해외 이메일서비스제공자가 외국 소재 서버에서 보관중인 전기통신 등을 압수·수색의 대상으로 하면서도 압수·수색 영장상의 압수·수색 장소는 국내의 임의의 장소로

85) www.law.go.kr; (최종검색 2020.04.06.)
86) www.law.go.kr; (최종검색 2020.04.06.)

기재하고, 실제로 그 장소에서 압수·수색을 집행하게 되는바, 이는 압수·수색은 해당 대상물을 소지하고 있는 소유자, 소지자 또는 보관자를 상대로, 전기통신의 경우에는 해당 전기통신을 소지 또는 보관하고 있는 기관 등을 상대로 해당 물건이나 전기통신에 대하여 이루어질 것을 정하고 있는 형사소송법 제106조와 제107조의 규정과 저촉된다."[87] ③ "또한, 그와 같은 방식의 압수·수색을 허용한다면, 처분을 받는 자에게 해당 압수·수색영장을 반드시 제시하도록 정하고 있는 형사소송법 제118조와 압수·수색이 피고인 또는 피의자의 주거지 외에서 이루어질 경우 해당 주거주 또는 간수자 등을 참여하도록 정하고 있는 형사소송법 제123조의 규정을 실질적으로 회피하게 되는 것으로 볼 수 있다."[88] ④ "나아가 압수·수색 대상인 전기통신 자체를 직접 보관하고 있는 자를 상대로 하지 않고, 이메일서비스 이용자의 접근수단을 이용하여 임의의 장소에서 해당 이메일 계정에 접근하여 관련 전기통신 등을 수집하는 방식의 압수·수색을 허용할 경우, 이는 압수·수색 처분을 받게 되는 이메일서비스제공자의 참여를 배제한 채 이루어지게 됨으로써, 수집된 증거의 원본성과 무결성을 실질적으로 담보할 수 없게 되는 문제 또한 발생한다."[89] ⑤ "그리고 형사소송법 제120조 제1항에서 '압수·수색영장의 집행에 있어서는 건정(건정, 자물쇠)을 열거나 개봉 기타 필요한 처분을 할 수 있다'고 규정하고 있고, 위 규정이 검증영장을 집행하는 경우에도 준용되기는 하나, 건정을 열거나 개봉하여 압수·수색하는 장소 내지 대상물이 해외에 존재하여 대한민국의 사법관할권이 미치지 아니하는 해외 이메일서비스제공자의 해외 서버 및 그 해외 서버에 소재하는 저장매체 속 디지털 정보에 대하여까지 압수·수색·검증영장의 효력이 미친다고 보기는 어렵다(이메일서비스제공자가 외국 기업으로 서버가 해외에 존재하는 경우 대한민국의 사법관할권이 적용되지 아니하므로 수사기관이 정보저장매체에 물리적으로 접근할 수 있는 방법이 없고, 따라서 현재로서는 형사사법공조절차를 거치거나 개별 이메일서비스제공자의 협조를 얻어 디지털 정보를 제공받아야 할 것으로 보이고, 궁극적으로는 관련 법령의 개정이나 관련 외국과의 조약 체결의 방법으로 해결할 문제라 할 것이다)."[90] "따라서

87) www.law.go.kr; (최종검색 2020.04.06.)
88) www.law.go.kr; (최종검색 2020.04.06.)
89) www.law.go.kr; (최종검색 2020.04.06.)
90) www.law.go.kr; (최종검색 2020.04.06.)

현행 형사소송법상의 압수·수색·검증제도로는 위와 같은 방식의 압수·수색·검증은 적법하다고 보기 어렵다."고 판시하였다.[91]

나. 판단 및 결론

압수·수색은 대상물의 소유자 또는 소지자를 상대로 할 수 있고, 이는 해당 소유자 또는 소지자가 피고인이나 피의자인 경우에도 마찬가지이다.[92] 또한 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대한 압수·수색은 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련된 부분만을 출력하거나 복제하는 방법으로 하여야 한다. 다만 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체 자체를 압수할 수 있다.[93] 인터넷서비스이용자는 인터넷서비스제공자와 체결한 서비스이용계약에 따라 인터넷서비스를 이용하여 개설한 이메일 계정과 관련 서버에 대한 접속권한을 가지고, 해당 이메일 계정에서 생성한 이메일 등 전자정보에 관한 작성·수정·열람·관리 등의 처분권한을 가지며, 전자정보의 내용에 관하여 사생활의 비밀과 자유 등의 권리보호이익을 가지는 주체로서 해당 전자정보의 소유자 내지 소지자라고 할 수 있다.[94]

또한 인터넷서비스제공자는 서비스이용약관에 따라 전자정보가 저장된 서버의 유지·관리책임을 부담하고, 해당 서버 접속을 위해 입력된 아이디와 비밀번호 등이 인터넷서비스 이용자가 등록한 것과 일치하면 접속하려는 자가 인터넷서비스 이용자인지를 확인하지 아니하고 접속을 허용하여 해당 전자정보를 정보통신망으로 연결되어 있는 컴퓨터 등 다른 정보처리장치로 이전, 복제 등을 할 수 있도록 하는 것이 일반적이다.[95]

따라서 수사기관이 인터넷서비스이용자인 피의자를 상대로 피의자의 컴퓨터 등 정보처리장치 내에 저장되어 있는 이메일 등 전자정보를 압수·수색하는 것은 전자정

---

91) www.law.go.kr; (최종검색 2020.04.06.)
92) 형사소송법 제106조 제1항, 제2항, 제107조 제1항, 제108조, 제109조 제1항, 제219조 참조; 대법원, 2017. 11. 29. 선고, 2017도9747 판결.
93) 형사소송법 제106조 제3항, 제219조 참조; 대법원, 2017. 11. 29. 선고, 2017도9747 판결.
94) 대법원, 2017. 11. 29. 선고, 2017도9747 판결.
95) 대법원, 2017. 11. 29. 선고, 2017도9747 판결.

보의 소유자 내지 소지자를 상대로 해당 전자정보를 압수·수색하는 대물적 강제처분으로 형사소송법의 해석상 허용된다.[96] 나아가 압수·수색할 전자정보가 압수·수색영장에 기재된 수색장소에 있는 컴퓨터 등 정보처리장치 내에 있지 아니하고 그 정보처리장치와 정보통신망으로 연결되어 제3자가 관리하는 원격지의 서버 등 저장매체에 저장되어 있는 경우에도, 수사기관이 피의자의 이메일 계정에 대한 접근권한에 갈음하여 발부받은 영장에 따라 영장 기재 수색장소에 있는 컴퓨터 등 정보처리장치를 이용하여 적법하게 취득한 피의자의 이메일 계정 아이디와 비밀번호를 입력하는 등 피의자가 접근하는 통상적인 방법에 따라 원격지의 저장매체에 접속하고 그곳에 저장되어 있는 피의자의 이메일 관련 전자정보를 수색장소의 정보처리장치로 내려 받거나 그 화면에 현출시키는 것 역시 피의자의 소유에 속하거나 소지하는 전자정보를 대상으로 이루어지는 것이므로 그 전자정보에 대한 압수·수색을 위와 달리 볼 필요가 없다.[97]

비록 수사기관이 위와 같이 원격지의 저장매체에 접속하여 그 저장된 전자정보를 수색장소의 정보처리장치로 내려 받거나 그 화면에 현출시킨다 하더라도, 이는 인터넷서비스제공자가 허용한 피의자의 전자정보에 대한 접근 및 처분권한과 일반적 접속절차에 기초한 것으로서, 특별한 사정이 없는 한 인터넷서비스제공자의 의사에 반하는 것이라고 단정할 수 없다.[98] 이는 형사소송법 제109조 제1항, 제114조 제1항에서 영장에 수색할 장소를 특정하도록 한 취지와 정보통신망으로 연결되어 있는 한 정보처리장치 또는 저장매체 간 이전, 복제가 용이한 전자정보의 특성 등에 비추어 보면, 수색장소에 있는 정보처리장치를 이용하여 정보통신망으로 연결된 원격지의 저장매체에 접속하는 것이 위와 같은 형사소송법의 규정에 위반하여 압수·수색영장에서 허용한 집행의 장소적 범위를 확대하는 것이라고 볼 수 없다.[99]

수색행위는 정보통신망을 통해 원격지의 저장매체에서 수색장소에 있는 정보처리장치로 내려 받거나 현출된 전자정보에 대하여 위 정보처리장치를 이용하여 이루어지고, 압수행위는 위 정보처리장치에 존재하는 전자정보를 대상으로 그 범위를 정하여

96) 대법원, 2017. 11. 29. 선고, 2017도9747 판결.
97) 대법원, 2017. 11. 29. 선고, 2017도9747 판결.
98) 대법원, 2017. 11. 29. 선고, 2017도9747 판결.
99) 대법원, 2017. 11. 29. 선고, 2017도9747 판결.

이를 출력 또는 복제하는 방법으로 이루어지므로, 수색에서 압수에 이르는 일련의 과정이 모두 압수·수색영장에 기재된 장소에서 행해지기 때문이다.[100] 위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 피의자의 이메일 계정에 대한 접근권한에 갈음하여 발부받은 압수·수색영장에 따라 원격지의 저장매체에 적법하게 접속하여 내려 받거나 현출된 전자정보를 대상으로 하여 범죄 혐의사실과 관련된 부분에 대하여 압수·수색하는 것은, 압수·수색영장의 집행을 원활하고 적정하게 행하기 위하여 필요한 최소한도의 범위 내에서 이루어지며 그 수단과 목적에 비추어 사회통념상 타당하다고 인정되는 대물적 강제처분 행위로서 허용되며, 형사소송법 제120조 제1항에서 정한 압수·수색영장의 집행에 필요한 처분에 해당한다.[101] 그리고 이러한 법리는 원격지의 저장매체가 국외에 있는 경우라 하더라도 그 사정만으로 달리 볼 것은 아니다라고 판시하였다.[102]

다. 검토

우리나라의 대법원은 해외에 있는 원격지 저장매체에 대하여 압수수색을 허용하고 있다. 그렇지만, 미국의 MS사건과는 다르다고 볼 수 있기 때문에 한국의 법집행기관은 국외에 있는 클라우드 컴퓨팅 서버와 관련하여 압수수색을 할 수 있기 위해서는 법을 제·개정하는 것이 바람직할 것이다.

4. 일본 최고 재판소 판결

가. 사건개요

원판결 및 제1심 법원의 평성27년(2015년) 6월 5일자 결정에 따르면, 본건에서 피고인이 여러 공범과 함께 저지른 것으로 의심되는 절도사건에 관하여 조직성 유무, 정도 및 조직 내에서 피고인의 역할을 포함한 범행의 전모를 밝히기 위한 수사의 일환으로, 평성25년(2013년) 5월 23일경부터 같은 해 12월 4일경까지 약 6개월 밤

100) 대법원, 2017. 11. 29. 선고, 2017도9747 판결.
101) 대법원, 2017. 11. 29. 선고, 2017도9747 판결.
102) 대법원, 2017. 11. 29. 선고, 2017도9747 판결.

동안 피고인, 공범자 외에 피고인의 지인 여성이 사용한 것으로 보이는 자동차 등 합 19대에, 승낙 없이 영장을 취득하지 않고, GPS단말기를 설치 후, 그 소재를 검색하고 이동 상황을 파악하는 방법으로 GPS를 취득하였다.[103]

나. 판단 및 시사점

이른바 'GPS 수사는 개인의 프라이버시 침해를 가능하게 하는 기기를 소지품에 몰래 장착함으로써 합리적으로 추인되는 개인의 의사에 반해, 그 사적 영역에 침입하는 수사방법이다. GPS 수사는 현재로서 헌법상 중요한 법익을 침해하는 것으로 보아 형사소송법상 특별한 근거 규정이 없으면 허용되지 않는 강제의 처분에 해당한다.[104] 이와 함께 일반적으로 현행범 체포 등의 영장을 요구하지 않는 처분과 동등한 상황이 있음을 인식하기 어렵기 때문에 영장 없이는 수행할 수 없는 처분으로 해석해야 한다.[105] 또한 GPS수사는 정보장비의 화면표시를 읽고 대상 차량 위치와 이동 상황을 파악한다는 점에서 형사소송법상 「검증」과 같은 특징을 갖지만, 대상 차량에 GPS 단말기를 부착장치함으로써 대상이 된 차량 및 사용자의 소재 검색을 파악하는 점에서 「검증」은 파악할 수 없는 성질을 갖는다는 것도 부정하기 어렵다.[106] 그러나 GPS에 기반 한 위치추적이 정확도에 있어 우수한 점을 수사기법의 하나로 활용하지 못하는 것은 새로운 과학기술의 법 영역 적용실패라 할 만큼의 아쉬운 결과라 하지 않을 수 없다.[107]

만일, 검증 허가장을 발부 받거나 이와 같이 수색 허가장을 발부 받아 실시한다고 하더라도, GPS 단말기가 장착된 대상차량의 위치 추적 등을 통해 대상차량의 사용자 행동을 지속적이고 종합적으로 파악할 필요가 있다.[108] 형사소송법상에 따른 각종 강제 처분에 대해서는 절차의 공정한 담보 취지에서 원칙적으로 사전 영장을 제시하

---

103) 이에 대한 자세한 소개는 정지혜, "과학기술 발전에 따른 현대형 수사방법의 필요성과 적법성 -GPS 수사에 대한 일본 최고재판소 판례 분석을 통한 시사-, 형사법의 신동향 통권 제57호, 2017년 12월, 133면 이하.

104) 最高裁昭和５０年（あ）第１４６号同５１年３月１６日 第三小法廷決定 · 刑集30巻2号, 187頁.

105) 大法廷 平成29年 3月 15日 判決, 平成28年(あ)第442号.

106) 大法廷 平成29年 3月 15日 判決, 平成28年(あ)第442号.

107) 정지혜, "과학기술 발전에 따른 현대형 수사방법의 필요성과 적법성-GPS 수사에 대한 일본 최고재판소 판례 분석을 통한 시사-, 형사법의 신동향 통권 제57호, 2017년 12월, 154면.

108) 大法廷 平成29年 3月 15日 判決, 平成28年(あ)第442号.

여야 한다(동법 222조 1항 및 제110조). 다른 수단으로 같은 취지를 도모할 수 있다면, 사전 영장 제시가 절대적인 요청이라고 해석되지 않지만, 이를 대신하는 공정한 담보 대안적 수단이 없다면 적법한 처리를 보장한다는 관점에서 문제가 남는다. 이와 유사한 일본 판례로는 각성제 등의 마약 범죄(특히 소지죄)의 경우,[109] 피처분자가 영장제시에 수사관의 내의를 알게 되면, 압수의 목적물을 화장실 등에 흘려버리는 등, 혐의 입증에 결정적인 증거가 쉽게 인멸될 위험이 생기므로 영장의 사전제시 원칙에 의해 보호되어야 할 이익과 수사의 실효성 확보의 요청과 조정을 어떻게 도모해야 하는지가 판례 및 학설상 문제가 되고 있었다.[110] 이러한 문제를 해결하기 위한 수단으로, 일반적으로 실시간 가능한 기간의 한정, 제3자의 증언 및 사실 이후의 통지와 같은 다양한 것을 고려할 수 있다.[111]

새로운 기술에 상응하는 법 규정이 없다는 이유로 강제처분법정주의만을 강조하여 수사기관이 GPS 위치 정보를 이용할 수 없도록 한다면 범죄인들은 첨단기술을 이용하여 범죄를 저지를 수 있는 반면, 피의자의 신병확보 및 증거확보를 위해 위치정보의 활용도가 가장 요구되는 범죄수사영역에서 수사기관이 오히려 새로운 기술을 활용할 수 없다는 아이러니한 현상이 발생한다.[112] 수사의 실효성을 고려하면서 어떤 수단을 선택할지는 형사소송법 197조 1항 단서의 취지에 비추어 1차적으로 입법부에 맡겨져 있다고 해석된다. 만약 법 해석에 의해 형사소송법상 강제처분으로 허용하는 것이라면, 위의 문제를 해결하기 위해 판사가 발행한 영장에 다양한 조건을 첨부해야한다.[113] 상기의 심사를 담당하는 판사의 판단에 있어서 다양한 선택사항 중에 적합한 조건의 선택이 이루어지지 않는 한 시인할 수 없는 강제 처분을 인정하는 것은 「강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우가 아니면 이를 할 수 없다.」고 규정하고, 이는 특정한 경우가 없으면 수행할 수 없다는 점을 명시해야 한다.[114]

---

109) 辻本 典央, 捜索差押令状の呈示のない住宅への立入 -最決平成14年10月4日 刑集56巻8号507頁 -, Law review of Kinki University(近畿大学法学部) 53(1), 42-30, 2005-07, 1頁.

110) 본 결정은 이러한 문제에 대해 대법원으로 처음 판단을 내린 것이며, 이 문제를 상세히 검토한 것으로는 松代剛枝 「捜索差押令状執行に伴う家宅立入一所調「来訪来意告知 (knock and announcement) 要請」について」法学 62巻 6号 271頁 (1998年).

111) 大法廷 平成29年 3月 15日 判決, 平成28年(あ)第442号.

112) 정지혜, "과학기술 발전에 따른 현대형 수사방법의 필요성과 적법성-GPS 수사에 대한 일본 최고재판소 판례 분석을 통한 시사-, 형사법의 신동향 통권 제57호, 2017년 12월, 154면.

113) 大法廷 平成29年 3月 15日 判決, 平成28年(あ)第442号.

114) 大法廷 平成29年 3月 15日 判決, 平成28年(あ)第442号.

위에서 언급한 바와 같이, GPS 수사는 형사소송법 197조 1항에서 「이 법률에 특별한 규정이 있는 경우」에 해당하며, 동법이 규정하는 영장을 발부하는 것에 의의가 있다고 볼 수 있다. GPS 수사가 앞으로도 널리 이용될 수 있는 유력한 수사기법이라면, 그 특성에 주목해 헌법과 형사소송법의 원칙에 합치하는 입법적인 조치를 취하는 것이 바람직하다.[115]

결국 일본 최고재판소에 의하면 GPS수사는 헌법에 근거하여 프라이버시를 침해할 수 있는 강제수사이기 때문에 형사소송법상 특별한 근거 규정이 없는 한 영장발부가 필수적이게 된다. 그렇다면 인권을 보장하기 위해서는 사전영장제시를 대체할 만한 다른 어떤 수단을 강구해야 한다는 등식이 성립할 수밖에 없게 된다.

제4절 | 새로운 환경에서의 영장 시스템의 활용 및 다이버전

1. 시민 보호의 핵심

그동안 미국 역시 영장주의를 헌법원칙으로 천명하고 있으며, 대법원 다수의 판결에 의하면, 영장의 요구사항은 "수사 및 압수수색의 중심적 존재이며, 중립과 분리된 치안판사에 의한 사전 심사는 시민 보호에 대한 핵심이다"라는 주장이 신념적으로 굳어 있었다.[116] 특히 수정 헌법 제4조 1항의 주요 내용을 보면, 첫 번째 국민의 부당한 수사와 압수로부터 자유로워질 권리를 보호하고, 두 번째 '보증조항'은 영장이 발부되기 전에 충족되어야 하는 정보 및 절차 전제 조건을 제시하고 있는 것을 알

115) 大法廷 平成29年 3月 15日 判決, 平成28年(あ)第442号.

116) William J. Stuntz, Warrants and Fourth Amendment Remedies, 77 Va. L. Rev. 881, 882 (1991). 20세기에 들어서 사법기관의 사전심사가 요구되었는데, Johnson v. United States, 333 U.S. 10 (1946)의 경우, 아편 냄새가 나는 것에 대해 피고인에게 질문했지만 대답하지 않아, 무영장으로 체포·수색한 사안에 대하여 연방대법원은 긴급성이 인정되지 않는 한, 상당한 이유가 있어도 무영장 체포·수색은 허용되지 않는다고 보았고, United states v. Jeffers, 342 U.S. 108 (1964)의 경우, 경비원의 말에 기초하여, 호텔 객실 내를 무영장 수색하고 발견한 마약을 압류한 사안에 대해, 연방대법원은 예외상황에 해당하지 않고 무영장 체포는 허용되지 않는다며, 증거를 배제했다. 또한 Aguilar v. Texas, 378 U.S. 108 (1964)의 경우, 신뢰할 수 있는 자로부터 정보를 얻어 영장을 받고 수색한 사안에 있어서, 연방대법원은 실질적으로 보아 상당한 이유가 없었다며 증거를 배제했다.

수 있다.[117] 만약 그 조항들이 상호의존적인 것으로 추정된다면, 영장조항의 안전장치는 주어진 수색 또는 압류의 타당성을 규정한다.[118] 따라서 경찰은 영장 없이 진행할 만한 설득력 있는 이유가 있지 않는 한, 영장을 발부 받아야 한다.[119] 이처럼 수정헌법은 영장에 대한 헌법적 강력함을 시사하고 있었고 본질적인 목적은 시민들이 자신의 사생활에 대하여 부당한 침해로부터 보호하는 것이었다.[120] 나아가 영장 선호는 법 집행관과 민간인 사이에 중립적이고 분리된 치안을 개입시킴으로써 더욱 효과적이라고 한다.

이에「부당한 수사와 압수」라는 일반적인 금지와 연관된 '영장은 발행하지 않았다. 그러나 영장 없는 입장을 정당화하는데 사용된 긴급 상황의 예외는,[121] 수색 영장에 가장 큰 영향을 미치게 된다. 영장 요구사항을 무효화하는 기능은 "긴급"의 정의 및 분석에 따라 다르다. 예를 들어, 위험한 용의자를 열렬히 추구하거나 증거 인멸을 방지해야 할 필요성은 특정 조건 하에서 긴급 상황의 예외를 불러 일으킬 수 있다. 그러나 이러한 합리성에 내포되어 있는 것은 영장을 얻기 위해 법원을 방문 할 때 너무 오래 걸릴 뿐만 아니라 부당한 법 집행에 의하여 불합리하게 방해될 것이라는 것이 내재된 셈이다.[122]

2. 새로운 환경과 기술 개발

통신과 컴퓨터 기술이 계속 발전함에 따라 전자 영장 조항의 장점은 더욱 뚜렷해지고 있다. 지난 10년 동안 디지털 이미징, 셀룰러 및 기타 무선 기술,[123] 미니어처

---

117) See id.

118) See Maclin, supra note 27, at 928.

119) Id. An alternate interpretation of the Fourth Amendment asserts that its two clauses are independent. Under this approach, the Reasonableness Clause mandates a universal rule that all searches and seizures be reasonable. If police obtain a warrant, the second clause ensures its validity; however, if the police forgo the warrant procedure, the search need only be reasonable to withstand constitutional scrutiny. See id. at 927-28.

120) Id. at 588.

121) 185 F.3d at 588.

122) For a more detailed discussion of the rationale underlying the expanding exigent circumstances exception and the federal telephonic search warrant procedures, see Part III infra.

123) See generally Timothy Captain, The Wireless Web: What Are You Missing, Laptop, Feb. 2002, at 64-70 (discussing the evolution of the wireless web, the recent developments

개인용 컴퓨터 장치 분야에서 놀라운 발전이 있었다. 캐논, 도시바, 미놀타, 카시오, 올림푸스 등 제조사는 모두 스틸 비디오와 라이브 비디오 이미지를 동시에 생성할 수 있는 소형의 저렴한 디지털카메라를 생산하였다.[124] 비교적 저렴한 비용으로 경찰서는 경찰관에게 유사한 장치를 장착하여 발견된 범죄 현장의 증거부터 용의자에 이르기까지 정확한 관점에서 모든 것을 촬영할 수 있다. 이러한 이미지는 경찰 순찰차의 개인용 컴퓨터로 전송되어 팩시밀리 또는 전자 메일 보증서 응용 프로그램에 디지털 방식으로 첨부될 수 있다. 경찰관의 요청 전화와 더불어 증빙 사진은 팩스나 이메일을 통해 법원에 보내져 치안 판사의 심사를 받을 수 있게 되었다.

경찰차에서 멀리 떨어진 경찰관들과 관련하여, 소니, 휴렛팩커드, 컴팩, 팜, 비저, 핸즈프링, 그리고 다른 회사들은 카메라와 휴대폰 통신 기술을 갖춘 다수의 개인 디지털 보조기를 생산한다.[125] 비교적 낮은 수고로 손바닥 크기의 기기에서 표준화된 영장 신청서가 업로드 될 수 있어 현장을 떠나지 않고도 수색영장 신청서를 제출할 수 있다. 심지어 치안 판사는 직접 실제 영장을 요청한 경찰관에게 보내서 경찰차에서 관련된 사본을 인쇄하거나 주택 소유자에게 개인 디지털 보조원에 표시된 대로 중복된 영장을 보여줄 수 있다.[126] 과학기술의 발전은 암호화 기술 및 디지털 인증 기술의 발전 및 장비를 외부로부터의 손상 위험이 거의 없이 사용할 수 있게 된 것이다.[127]

---

that have accelerated wireless data transfer rates, and the implementation of third-generation data-transfer services which will provide transfer rates of up to two megabytes per second and allow for full-motion wireless video conferencing.

124) Comprehensive listings of these manufacturers' digital imaging products are available on their respective websites: http://www.usa.canon.com (최종검색 2020.07.04.), http://www.dsc.toshiba.com (최종검색 2020.07.04.), http://www.dimage.minolta.com (최종검색 2020.07.04.), http://www.casio.com (최종검색 2020.07.04.), http://www.olympus.com (최종검색 2020.07.04.)

125) For example, Handspring manufactures the Treo ($399), a personal digital assistant that combines a cellular phone, a pager, and an organizer complete with a keyboard into a pocket-sized device measuring 4.3 x 2.7 x 0.7 inches and weighing only 5.4 ounces. Hewlett-Packard makes the Jornada ($599), a pocket-PC similar is size and weight to the Treo that runs applications such as Microsoft Word and Microsoft Internet Explorer. The Samsung SPH-1300 is another example of a fully integrated cellular phone and personal digital assistant. Additional information about these products is available at http://www.handspring.com (최종검색 2020.07.06.), http://www.hp.com (최종검색 2020.07.06.), and http://www.samsungusa.com (최종검색 2020.07.07.)

126) All of the devices described supra note 231 are capable of receiving and displaying such documents

127) For an excellent overview of encryption technology and its availability, see Richard M.

최소한 경찰관이나 그들의 순찰차는 기존의 경찰 무선 네트워크를 통해 멀리 있는 지방 검사나 사법경찰관과 연락할 수 있는 휴대폰을 구비하고 있다. 현재 많은 휴대폰 제조업체들은 껌보다 약간 더 큰 휴대폰 모델을 만들고 있는데,[128] 이러한 기기는 최소한의 간섭으로 경찰관의 이동을 편리하게 할 수 있다. 이에 경찰관들이 전화를 걸 수 있는 유선전화 위치를 찾을 필요가 없게 된다. 따라서 휴대폰 및 전자기기의 사용으로 하여금 경찰관이 이동해야 하는 마지막 거리를 단축함으로써 법집행시에 절약되는 시간을 최대화할 수 있다. 이처럼 수사 현장에서 전화 등 첨단 신기술이 구현될 경우 영장 요건을 다시 활성화하여 국민의 자유를 보호하는 동시에 정부가 긴급 상황에서 신속하게 움직일 수 있는데 이것이 바로 전자연장 제도의 태생적 배경인 것이다.[129]

3. 연방형사절차 규칙 41 개정의 의의

긴급한 상황에 근거한 무자비한 침입은 “도망 중인 중죄인의 추적, 절박한 증거 인멸, 피의자의 도주를 막을 필요성, 경찰 주거 밖에 있는 다른 사람들에 대한 위험성에 의해 정당화될 수 있다. 영장 요건의 대부분 면제 조항과 마찬가지로, 긴급한 상황은 시민의 개인 정보 보호에 대한 법집행의 합법적 요구와의 균형을 나타낸다. “긴급”을 결정하는데 사용되는 요인으로는 일반적으로 다음과 같다. (1) 범죄의 중대성 (2) 용의자가 무장할 가능성 (3) 용의자가 관련 범죄를 저질렀다고 믿을 수 있는 가능성 (4) 용의자가 건물 안에 있다고 믿는 이유 (5) 신속하게 체포되지 않으면 도주 할 수 있다는 가능성 (6) 합의는 없지만 평화적으로 진입할 수 있는 가능성 (7) 영장이 청구되는 시간 등이다.[130] 이는 긴급 상황 예외의 각 요소를 설명함으로써, 법원은 법 집행 기관의 이익과 개인 정보 프라이버시권 사이의 균형을 도모하려고 노력해

Nunno, IB96039: Encryption Technology: Congressional Issues, CRS Issue Brief for Congress (July 14, 2000), available at http://cnie.org/NLE/CRSreports/Science/st-40.cfm (indicating that the ability to break 128-bit encryption (considered strong encryption) has not yet been demonstrated in the commercial sector)

128) For example, the Nokia 8260, released in 2000, measures 4.1 inches tall and 1.8 inches wide. See http://www.nokia.com (최종검색 2020.07.11.)

129) Beci, supra note 9, at 325, 327

130) See generally LaFave, supra note 31, §6.1(f) (detailing the above factors and citing hundreds of court decisions that have used the factors in their analyses)

왔다. 현재 법률에 따라 영장 요구사항에는 20가지 넘는 예외가 있는데,[131] 예외적인 사용 증가에 기여하는 실질적인 요인은 영장 획득에 필요한 시간이다.[132] 구체적으로는 미국의 인구 증가율, 새로운 범죄나 테러의 출현, 국가에 대한 끊임없는 헌신을 고려하면 범죄의 대폭적인 감소는 전망할 수 없게 된다.[133] 이러한 사법적 주의가 필요한 각 요청은 영장 신청서 제출 및 처리의 행정적 어려움으로 인하여 법 집행에 부담을 정당화하기에 너무 오랜 시간이 걸릴 수 있다.[134]

반성적 고려에서 시작하여 실무의 경우 판사가 선서진술인의 태도 증거에 크게 의존하지 않으며, 팩스타 이메일 또는 전자 영장의 경우에는 서면을 제출할 수 있고, 서면작성의 시간을 절약함으로써 영장절차의 신속을 꾀할 수 있기 때문에 전자영장은 실보다 득이 훨씬 많은 제도로 각광받고 있다.[135]

결국 실무와 학계의 비판적 시각에 힘입어, 1977년 영장 획득의 행정상의 어려움이 "긴급" 예외의 빈번한 사용을 촉진하고 있다는 것을 인식한 의회는 전화에 의한 수색영장 발부를 허용하도록 연방형사절차규칙 41을 개정하였다.[136] 영장 요청 프로세스의 필수적인 안전장치를 유지하면서 절차를 신속하게 처리하는 방법론적 혁신을 구현한 것이다.[137] 16년 후, 1993년에는 필요한 서류를 주고받을 때 팩스기계를 사용할

---

131) California v. Acevedo, 500 U.S. 565, 581 (1991)(Scalia,J.,dissenting)

132) Marek, supra note 23, at 36

133) According to Uniform Crime Reports, which collects data on violent crime reports and arrests in the United States, the number of reported violent crimes from 1990 to 2000 fluctuated between 1,556,800 (1990) and 1,222,500 (2000). See U.S. Dep't of Justice, Bureau of Justice Statistics, Four Measures of Serious Violent Crime, available at http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/glance/tables/4meastab.htm (최종검색 2020.07.10.). While these statistics suggest an overall decrease in violent crime, it is apparent that the United States is still grappling with a significant crime problem.

134) See Jerold H. Israel, Legislative Regulation of Searches and Seizures: The Michigan Proposals, 73 Mich. L. Rev. 221, 256 (1974) (noting that "the first obstacle [to obtaining a warrant] is finding an available magistrate") (emphasis added); Marek, supra note 23, at 36 (indicating that exigent circumstances have been found "where obtaining a timely search warrant by the traditional method of an affiant appearing before a magistrate would, in effect, be unreasonable because of conditions then existing" and emphasizing that "lapse of time in obtaining a warrant and the unavailability of a magistrate or state judge have been the usual obstacles")

135) 이상원, "전자영장제도의 도입방안에 관한 연구", 2012 법무부 용역과제, 81면.

136) Michael J. Kuzmich, Review of Selected 1998 California Legislation: Criminal Procedure: www.warrant.com: Arrest and Search Warrants by E-mail, 30 McGeorge L. Rev. 590, 591 (1999);see United States v. Johnson, 561 F.2d 832, 843 n.12 (D.C. Cir. 1977);Fed. R. Crim. P. 41(c)(2). (최종검색 2020.07.06.)

수 있도록 규칙이 다시 개정되었다.[138] 규칙 41(c)(2)에 따르면, 서면 진술서가 필요 없는 경우, 전화 또는 팩스 전송을 포함한 기타 적절한 수단으로 의사소통 한 증언에 근거하여 치안판사에게 영장을 발부할 수 있도록 허용한 것이다.[139]

일반적으로 전화영장을 요청하는 경찰관은 치안판사 앞에서 보통 준법자가 제공하게 될 정보를 담은 '중복 영장'을 작성해야 한다.[140] 구두증언을 토대로 영장발부 요청을 합리화하는 시간과 장소의 상황을 기술하고,[141] 선서를 한 후에,[142] 경찰관은 기록장치나 속기록을 사용하여 대화를 문서화할 연방 치안 판사에게 영장 원본의 사본을 그대로 읽어 줘야 한다.[143] 만약 치안판사가 수색의 정당성을 입증하기 위하여 가능한 사유가 있다고 판단되면, 치안판사는 청구인에게 중복영장에 서명하도록 지시하고, 치안판사는 원본에 서명하고 날짜를 기입한다.[144] 그리고 나서 이 서류들의 사본들은 법원에 제출된다.[145] 이에 연방 공무원은 영장 없는 주택수색을 정당화하기에는 충분하지 않지만, 상황에 따라 전통적인 영장을 얻는데 필요한 기간 동안 증거 인멸의 위험을 감수할 수 있는 상황에 직면했다.[146] 결국 긴급한 상황의 존재가 중요한 문제인 경우, 전화 통신 조항으로 하여금 경찰관들에게 신속한 전자 절차를 사용하기 위한 것이라고 보고 있다.[147]

이후 뉴저지의 대법원은 전화 또는 전자적 방법으로 얻은 수색영장(search warrant obtained by telephonic or electronic means)[148]은 대면영장과 동등하다고 판시하였

---

137) See Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)advisory committee's note.

138) Michael J. Kuzmich, Review of Selected 1998 California Legislation: Criminal Procedure: www.warrant.com: Arrest and Search Warrants by E-mail, 30 McGeorge L. Rev. 590, 591 (1999); United States v. Johnson, 561 F.2d 832, 843 n.12 (D.C. Cir. 1977). Smith, supra note 12, at 1594. (최종검색 2020.05.24.)

139) Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)

140) Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)(B)

141) Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)(A) ("If the circumstances make it reasonable to dispense, in whole or in part, with a written affidavit, a [f]ederal magistrate judge may issue a warrant based upon sworn testimony communicated by telephone or other appropriate means.")

142) Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)(D)

143) Id.

144) Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)(C)

145) Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)(D)

146) See Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)advisorycommittee'snote.

147) United States v. Cuaron, 700 F.2d 582, 588 (10th Cir. 1983);United States v. McEachin, 670 F.2d 1139, 1146 (D.C. Cir. 1981)

고, 법원규칙(Rules Governing the Courts of the State of New Jersey, PART III, RULES GOVERNING CRIMINAL PRACTICE RULE 3:1. General Provisions)을 변경하여 전화영장 등을 허용하였으며,[149] 컨테키 주에서는 경찰, 국토보안청, 법무부, 법원행정처가 함께 모여 켄터키 전자영장시스템의 개발과 시행을 위한 협력체를 구성하였고,[150] 이윽고, 전자영장시스템은 2008년에 구축되어, Jefferson, Campbell, Fayette, Woodford, Bourbon, Scott의 6개 카운티에서 시범 실시되었는데, 놀랍게도 전자영장이 시작된 지 1년 동안 시스템에 입력된 신규 영장의 62% 이상이 송달되었다고 한다. 이는 종래 종이기반 시스템 하에서 보다 10% 이상 적게 송달된 것이라고 한다. 이에 영장을 표준화하고 자동화함에 따라 수사관들이 필요한 때에 실시간으로 영장정보에 접근할 수 있게 되었다.[151] 이 시스템에 의하여 주 7일 하루 24시간 주전자영장시스템을 이용하여 영장청구를 검토하고 승인할 수 있다. 영장청구가 받아들여지면, 전자영장은 주 전체의 법집행기관에 고지되며 이 정보가 또한 전국범죄정보센터(National Crime Information Center, NCIC)에 연결된다[152]고 한다. 여기서 더욱 중요한 것은 전자영장시스템에 입력된 영장은 판사가 전자서명을 한 후 15분 이내에 LINK로 전송되고 주 전체의 모든 법집행기관이 접근할 수 있다.[153] 전자영장은 상호 조회, 검색, 업데이트, 일치가 가능하며, 영장은 오로지 1부의 영장만 송달시 시스템에서 출력이 가능하도록 하여 이중 송달의 가능성을 제거하고 있다.[154]

한편, 하와이에서는 사법부의 전자법원영장시스템(electronic bench warrant system, eBW)을 운영하여 교통영장을 전자적으로 송부하고 24시간, 7일 접근할 수 있게 함으로써 공공안전과 정부효율을 증진시키고 있다.[155] eBW시스템은 애초 70,000건이 넘는 하와이 주 미집행영장 문제를 해결하기 위하여 구축되었는데, 첫

---

148) 이를 '전화수색영장(telephone search warrant)'이라고 칭하며, 전화수색영장이란 판사가 직접 구두로 수색 권한을 부여하는 것으로 정의한다. 전화수색영장은 판사에게 실제적으로 출두하지 않는 대신 전화나 무선, 기타 전자적 방법에 의하여 판사에게 구술증언을 함으로써 영장을 청구하는 것이다(NJ Practice (2011), § 16:93).

149) 이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012 법무부 용역과제, 89면.

150) www.nascio.org (최종검색 2020. 10.15.)

151) 이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012 법무부 용역과제, 91면.

152) 이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012 법무부 용역과제, 91면.

153) 이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012 법무부 용역과제, 91면.

154) 이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012 법무부 용역과제, 92면.

155) 이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012 법무부 용역과제, 93면.

해에 eBW는 15,000건의 미집행영장을 해결하였고 영장할 영장총수를 22% 감소시키는 결과를 낳았다. 주 기관 전체에 걸친 광범위한 예산삭감과 인력감축에도 불구하고 전자영장시스템은 놀라운 성공을 거두었다[156]고 한다.

이후, 애리조나 및 캘리포니아 주에 전화 절차의 성공은 다른 관할권에 "전자" 영장 사용을 허가하는 유사한 법률을 채택하도록 장려했다.[157] 알래스카, 콜로라도, 델라웨어, 아이다호, 일리노이, 미네소타, 네브래스카, 그리고 사우스다코타 등 연방 시스템의 요소들을 이용한 일종의 전화 절차를 제정하기에 이르렀다. 이처럼 기술이 계속 발전함에 따라 전화 및 기타 전자 통신 장치들의 영장 요구 사항을 재활성화하기 위해 점점 더 실용적인 방법이 제공될 것이다.[158]

즉시 사용할 수 있는 기술의 경우 법원이 긴급 상황인 예외를 재검토하고, 긴급 전화 팩스 보증 절차에 비추어 특정 사건의 상황이 진정으로 긴급한 것으로 간주될 수 있는지 여부를 결정해야 한다.[159] 또한, 전화 절차는 법 집행관이 개정 프라이버시 가치를 위협할 수 있는 영장 없는 관행에 관여하는 법 집행관들의 능력을 최소화하기 때문에,[160] 주(州) 차원에서 연방 모델을 근간으로 만든 전화 수색 영장 규정을 권장해야 한다.[161]

---

156) 이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012 법무부 용역과제, 93면.

157) See Miller, Telephonic Search Warrants: The San Diego Experience, 9 Prosecutor 385, 386 (1974) (noting a dramatic increase in law enforcement agents' utilization of the warrant process following the enactment of California's telephonic warrant statute); see also Nat'l Advisory Comm'n on Criminal Justice Standards and Goals, Report on Police, Recommendation 4.2 (1973) (urging that every state enact legislation similar to the federal rule).

158) See generally Beci, supra note 9 (suggesting that telecommunications and computer technology can help reinvigorate Fourth Amendment jurisprudence); Kuzmich, supra note 19 (explaining that California has installed personal computers equipped with E-mail access in police cruisers and now permits warrants to be requested and issued using those devices).

159) See Edward F. Marek, Telephonic Search Warrants: A New Equation for Exigent Circumstances, 27 Clev. St. L. Rev. 35, 36 (1978) (stating that "the availability of telephonic search warrants affects most directly the body of decisional authority permitting warrantless searches where exigent circumstances exist").

160) See Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)advisorycommittee'snote.

161) See Nat'l Advisory Comm'n On Criminal Justice Standards and Goals, Report on Police 95 (1973) (recommending that "every State enact legislation that provides for the issuance of search warrants pursuant to telephoned petitions and affidavits from police officers").

최근의 디지털 이미지, 원격 비디오 전송, 셀룰러 통신, 및 암호화 기술의 발전은 전화 수색 영장의 신뢰성과 만족도를 향상시킬 것이다. 아울러 신기술이 현장 집행관과 치안 판사의 '완벽한'관계를 구축하면서 지난 반세기 동안 요구 사항 자체가 좁혀지는 것처럼 영장 요구 사항에 대한 예외도 좁혀져야 할 것이다.[162)]

162) Beci, supra note 9, at 327 (indicating that "the Supreme Court must eliminate or narrow some of its previously created exceptions that are no longer necessary due to current technology"); Paul D. Beechen, Oral Search Warrants: A New Standard of Warrant Availability, 21 UCLA L. Rev. 691, 706 (1973); Marek, supra note 23, at 36 (indicating that the availability of telephonic or radio-obtained search warrants directly affects the "body of decisional authority permitting warrantless searches").

제 3 장

영장주의의 본질과 구조에 대한 법이론 고찰

최호진

제3장

영장주의의 본질과 구조에 대한 법이론 고찰

제1절 | 개관

영장제도는 영미법계에서 유래한 제도로 헌법재판소에 따르면 그 기본적 내용은 신체의 자유를 침해함에 있어서, 즉 강제처분에 있어서는 독립적이고 중립적인 법관의 판단에 따라 발부한 영장에 의하여 이루어져야 한다는 것을 의미한다.[163] 우리나라 헌법에 의하면 법관에 의한 영장발부의 원칙, 사전영장발부의 원칙, 영장제시를 규정하고 있으며, 비교법적으로 드물게 검사를 영장의 신청권자로 규정하고 있다.

이에 헌법 제12조 제3항 본문에 따르면 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다."고 규정하고 있으며, 제3항 단서에 따르면 "현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 영장을 사후에 청구할 수 있다."고 규정하고 있는 것을 알 수 있다. 이는 곧 헌법에 사전영장의 원칙을 명확하게 규정하고 있는 것은 아니지만, 체포 등을 '할 때'에 영장을 제시하여야 하며, 현행범인 등의 경우에는 사후에도 영장을 청구할 수 있는 것으로 보기 때문에, 사전영장의 원칙도 헌법에 규정되어 있다고 보는 것이 타당하다. 따라서 영장주의와 관련하여 헌법은 법관에 의한 영장발부의 원칙, 사전영장의 원칙, 영장제시의 원칙, 검사의 신청과 법관의 발부를 기본적 내용으로 하고 있다고 해석할 수 있다.

하지만 영장주의 또는 영장제도의 정확한 개념이 무엇인지, 영장주의의 본질이 무엇인지는 헌법의 규정이나 그 선언만으로는 분명하지 않다. 헌법의 가치를 구체화

163) 헌법재판소 1992.4.14. 90헌마82 결정.

하는 개별 법률인 형사소송법에서도 영장제도와 관련된 규정 역시 그 의미나 본질이 명확하게 정리되어 있지 않으며, 형사소송법 이외에도 형사절차 실현에 기여하는 기타 법률인 통신비밀보호법 등에 규정된 규정을 살펴보아도, 영장주의의 본질과 그 구체적 의미는 여전히 불명확한 상태이다. 이러한 이유로 영장주의의 전반적 적용범위에 대하여 여러 가지 의문점이 있다. 다시 말해서 영장주의는 형사처분뿐만 아니라 징계처분이나 행정조사 등 행정처분에 대해서도 영장주의가 적용되는지에 대한 문제 등 다양한 견해의 대립을 유발하고 있다.[164]

이는 곧 영장을 집행하는 과정에서 영장제시를 규정하고 있기 때문에 영장주의의 기본원칙은 사전영장발부가 원칙이며, 사후영장은 영장주의의 예외로 본다면,[165] 형사소송법 제216조 이하 등에서 규정하고 있는 영장을 통하지 아니한 압수와 수색, 그리고 검증의 원칙은 헌법적으로 위헌의 여지가 있게 된다. 만약 영장주의의 기본원칙을 사전·사후를 불문하고 영장에 의한 인신구속을 요구하는 것이라면 헌법이 표현하고 있는 영장주의의 예외를 법률에 규정할 수 있는지, 있다면 어느 정도의 범위까지 규정할 수 있는지가 문제될 수 있다.

뿐만 아니라 헌법이 영장주의를 선언하였을 때와는 달리 통신제한조치, 금융계좌추적, 혈액감정 등 현대형 범죄첨단수사기법들이 계속적으로 등장하고 있는 상황이다. 게다가 통신비밀보호법에 따르면 원칙적으로 통신 및 대화비밀의 보호를 규정하고 있는데, 누구든지 통신비밀보호법, 형사소송법, 군사법원법의 규정에 의하지 않고는 "우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하며," 이를 위반하여 불법적으로 취득한 내용은 증거로 사용할 수 없다.

이에 따라 범죄수사를 위한 통신제한조치는 법원의 허가를 받도록 하였으며(동법 제5조), 수사 등의 필요한 경우에는 전기통신사업자에게 통신사실확인자료 제공을 요청하는 경우에도 법원의 허가를 받도록 하였다(동법 제13조). 뿐만 아니라 전기통신사업법 제83조 제3항에 따르면 "전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관서의 장,

---

164) 최근 헌법재판소는 영장주의가 체포·구속·압수·수색에 국한되는 것은 아니라는 취지로 판단한 적이 있기 때문에 영장주의의 적용범위에 대해서는 향후 논의가 계속될 것으로 보인다(헌법재판소 2018.6.28. 2012헌마191 결정).

165) 美東洋『刑事訴訟法』(有斐閣、二〇〇一) 九二一九 五頁。

정보수사기관의 장이 재판, 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보 수집을 위하여 통신자료제공을 요청하면 그 요청에 따를 수 있다."고 규정하고 있다. 이외에도 다양한 첨단수사기법과 관련된 여러 규정이 존재하고 있다. 이러한 수사기법과 관련하여 영장주의의 적용여부와 영장주의 위반여부에 대한 다양한 판례와 이에 대한 평석들이 존재한다.

여기서는 영장주의의 본질적 내용과 그 구조를 파악하는 것을 주된 목적으로 한다. 영장주의에 대한 헌법적 관점뿐만 아니라 소송법적 관점에서 법이론적 기초가 무엇이며, 핵심표지와 기본원리사상에 대하여 조명하고자 한다. 영장주의의 본질과 그 기본적 내용이 무엇인가에 대한 검토를 위해 영장주의의 기원과 외국의 입법례에 대한 논의를 기초로 전개하고자 한다. 이에 역사적 관점과 비교법적 관점에서 나타난 영장주의의 기본적 요소에 대해서 설명한 후 헌법에 나타난 표현으로는 사전영장의 원칙, 영장제시의 원칙, 법관에 의한 영장발부의 원칙, 적법절차의 원칙, 사후영장제도, 일반영장금지의 원칙 등 헌법상 표현된 영장주의에 대한 내용을 검토하고자 한다. 이를 위하여 영장주의에 대한 헌법재판소 결정례에 대한 분석과 검토를 하고, 마지막으로 새로운 수사기법에도 영장주의가 적용될 수 있는지, 적용하는 과정에서 영장주의를 변용할 수 있는지를 검토하고자 한다.

제2절 | 영장주의의 역사적 전개과정

1. 영국

영장주의의 기원[166]에 대해서는 영국법적 전통을 기원으로 하고 있다는 점에서는 견해가 일치하고 있다.[167] 역사적인 관점에서 영장주의의 기원에 대한 설명은 인신보호

166) 영국과 미국에서 영장주의의 전개과정은 문성도, "영장주의의 도입과 형성에 관한 연구 - 1954년 형사소송법의 성립을 중심으로", 서울대학교 대학원 법학과 법학박사학위논문, 2001, 9면-35면 참조.

167) 하태훈/이근우, 영장제도의 현황 및 개선방안 연구, 국가인권위원회 연구용역보고서, 2013, 8면.

영장으로 Habeas corpus의 관점에서 출발한다. Habeas corpus의 기원은 Magna Carta 이전으로 올라갈 수 있지만, 이것은 귀족신분의 경우에만 적용되고 특정한 목적상의 제한이 있는 것이었다.[168] 1215년 대헌장(Magna Charta Libertatum)은 귀족과 왕 사이의 통치계약으로서 통치권력으로부터 개인의 자유를 확보한 문서였다. 대헌장은 개인의 재산과 자유의 침해에 대해 법적유보(Gesetzesvorbehalt)를 포함하고 있으며, 구체적으로 제39조에서 '자유민(free man)'을 "적법한 판결이나 국법에 의하지 않고 체포, 구금되는 것"[169]으로 부터 보호하였다.

Habeas corpus는 12세기 영국 헨리 2세의 통치기간동안 클래런던 조례(Assize of Clarendon)에서 출발하였고,[170] 이를 보장한 것이 1215년 Magna Carta이다. 이것 역시 성직자와 귀족, 그리고 봉건 제후의 권리만을 보장하는 문서였다. Magna Carta 제39조에 따르면 "자유민은 동등한 신분을 가진 자에 의한 합법적 재판 혹은 국법에 의하지 않고서는 체포, 감금, 추방, 재산의 몰수 또는 어떠한 방식의 고통도 받지 않는다."[171]고 하였고, 이후 Habeas Corpus Act 1679[172]에 의해 국왕의 자의적인 체포와 구금을 부정하도록 제정되었다. Habeas Corpus Act가 제정되기 이전에도 인신보호영장제도가 있었다.

이 경우 인신보호영장은 명백히 부당한 구금으로부터 신체의 자유를 보호하는 역할을 하고 있었지만, 국왕의 특별명령에 의한 구금에는 적절히 대응하지 못하는 문제점이 있었다. 이에 17세기 들어와 국왕과 의회의 대립을 거쳐 국왕의 전단적인 체포와 구금을 부정하는 인신보호법이 제정된 것이다. 1679년 인신보호법(Habeas-Corpus-Act)은 상원을 대표하는 귀족들과 하원의 시민 세력 사이의 타협을 기반으로 제정되었다. 이 법은 무엇보다도 자의적인 체포, 즉 개인의 자유에 대한 필수적 요소의 보장

168) 하태훈/이근우, 앞의 보고서, 1면.

169) (to be arrested, or imprisoned (..) except by the lawful judgement of his peers, or by the law of the land)'

170) 클래런던 조례(Assize of Clarendon)는 1166년 영국왕 헨리 2세가 신성재판이나 결투재판을 통해 승패가 가려지던 재판방식을 민간인이 증거 조사를 수행하는 증거 중심 재판으로 영국법을 바꾸도록 한 법령이다. 이것은 영미법(common law)에서 "배심원제도"에 많은 영향을 주었다(위키백과, 클리런던 조례, 최종검색 2020.7.22.)

171) "No Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseized of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the land."(G. R. C. Davis, Magna Carta, Revised Edition, British Library, 1989.)

172) https://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/31/2/contents (최종검색 2020.7.22.)

을 포함하고 있다.[173] 인신보호법에서 모든 주체들의 주관적 권리로서의 인신보호를 시행하기 위한 오랜 노력의 결과는 1689년 권리장전(Bill of Rights)으로 확인되었다. 권리장전은 명예혁명의 결과로 주로 의회의 권리를 확보했지만, 사법적 보장과 더불어 모든 국민에게 청원권을 보장하였다. 다시 말해서, 종래의 인신보호영장의 효력을 회피하여 국가기관이 불법적으로 장기간 구금을 계속하는 것을 막기 위한 것임을 명시하고, 이에 따라 이유를 명시하지 않은 체포는 위법으로 간주하고, 인신보호영장을 받는 동시에 피구금자는 반드시 신속히 재판을 받아야 하며, 인신보호영장에 의하여 석방된 자는 이후 어떠한 경우에도 동일한 범죄를 이유로 재차 체포 또는 수감될 수 없도록 하여 국가기관에 의한 부당한 체포나 구금을 법으로 금지한 것이다.

또한 절대왕정시기에 압수·수색에 관한 권한이 확장되어, 수색의 장소 등을 특정하지 않은 일반영장(general warrant)이 자주 문제되었다. 1763년 일반영장과 영장주의에 대한 중대한 전환점이 된 Wilkes 사건이 발생하였다.[174] 영국의 언론인이자 하원의원 John Wilkes는 국왕인 조지 3세의 파리조약체결을 권장하는 내용의 연설을 비판하는 기사를 익명으로 게재하였다. 왕과 그의 신하들은 Wilkes를 처벌하기로 결정하고 그의 행위는 선동적 문서비방죄에 해당한다며 저자, 인쇄업자, 발행인을 체포하기 위한 일반영장을 발부하였다.

Wilkes의 집에서 서적과 문서를 압수한 후 이를 증거로 하여 유죄판결을 내렸다. 그러나 Wilkes와 인쇄업자들은 집행관리 등을 상대로 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 Wood는 수색영장이 있었기 때문에 위법하지 않다고 주장하였으며, Wilkes는 영장이 무효라고 주장했다. Wilkes는 영국법에 따라 수색장소와 수색대상을 특정해야 한다고 주장하였고, Wilkes는 손해배상청구소송에서 승소하였다.[175] 영국에서 발생한 Wilkes 사건은 향후 미국 수정헌법 제4조의 제정에 많은 영향을 주었다고 평가된다.[176]

---

173) Epping, Volker, Kapitel 1: Geschichte, Funktionen und Quellen der Grundrechte, Grundrechte. Springer, Berlin, Heidelberg, 2019. Rn. 3

174) Wilkes v. Wood, 98 Eng. Rep. 489, 498-99 C.P. 1763.

175) Howard Gillman · Mark A. Graber · Keith E. Whittington , AMERICAN CONSTITUTIONALISM VOLUME II: RIGHTS AND LIBERTIES, https://global.oup.com/us/companion.websites/fdscontent/uscompanion/us/static/companion.websites/9780199751358/instructor/chapter_2/wilkes.pdf (최종검색 2020.05.28.)

176) Laura K. Donohue "The Original Fourth Amendment", The University of Chicago Law

일반영장에 대한 문제점은 Wilkes 사건 이후에도 계속 발생하였다. 1765년 Entick v. Carrington 판결에서는 국무대신이 발부한 영장은 위법하며, 영장은 치안판사가 발부해야 한다는 원칙을 분명히 하였으며, 이를 기반으로 이루어진 일반영장의 집행은 위법하다고 판단하였다.[177] 이 사건의 개요는 다음과 같다.[178] 1762년 정부에 비판적인 신문을 발행해온 John Entick은 문서비방혐의로 체포되었으며, 그의 모든 책, 편지, 서류 등을 압수하는 일반영장이 발부·집행되었다. 집행하는 과정에서 당시 2천 파운드의 손해도 발생하였다. Entick은 집행관인 Nathan Carrington 외 James Watson, Thomas Ardran, and Robert Blackmore를 상대로 불법행위에 기한 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다.

피고 측은 자신들이 국무대신인 Halifax가 발부한 영장에 근거하여 행동하였기 때문에 손해배상의 책임이 없다고 주장하였다. 그러나 민사보통법원(Common Pleas)은 국무대신이 영장을 발부할 권한을 가지지 않는다고 판시하였으며, 항소심 법원은 일반영장의 집행이 위법함을 인정하였다.[179] 이 사건은 시민의 자유를 확립하고 국가 권력행사의 범위를 제한하는 영국법에 영향을 미친 중요한 사건으로 인식되고 있다.

2. 미국

가. 수정헌법 이전

미국의 경우 18세기 중반까지 치안판사(magistrate)의 일반영장에 의한 압수·수색이 널리 이루어지고 있었다. 일반영장에 대한 금지규정은 1776년에 버지니아 권리장전(Virginia Bill of Rights)에서 규정되었다. 그리고 임검영장(writ of assistance)이 관세법위반죄와 밀수품을 적발하기 위하여 광범위하게 사용되었다.[180] 1776년 1월 국왕법률고문인 James Otis는 Paxton 사건에서 임검영장은 일반영장으로 세관원들이

Review, Vol. 83, Iss. 3, 2016, pp. 1199-1204.

177) Entick v Carrington [1765] EWHC KB J98.

178) 이 사건에 관하여 자세히 내용과 분석은 문성도, 앞의 논문, 22면.

179) William Cuddihy and B. Carmon Hardy, A Man's House Was Not His Castle: Origins of the Fourth Amendment to the United States Constitution, The William and Mary Quarterly Vol. 37, No. 3 (Jul., 1980), pp. 371-400.

180) 김종구, “과학기술의 발달과 영장주의의 적용범위”, 법학연구, 전북대학교 법학연구소, 2019, 193면.

주거를 수색하는 것에 대하여 강력히 비판하였다. 법률고문직을 사임하고 보스턴 상인들의 변호인이 된 그는 63명의 상인들을 대변하여 Paxton 사건에서 임검영장은 마크나카르타와 배치되는 것으로 무효라고 주장하였다. 하지만 메사추세츠주 대법원은 대상이 특정되지 않은 영장이라도 영국에서 일반적으로 널리 사용되었기 때문에 영장은 유효하다고 판단하였다. 그의 주장은 받아들여지지 않았지만 이후 독립전쟁에 씨앗이 되었다.[181] 이후 메사추세츠 의회는 주 대법원의 Paxton 사건의 판결을 받아들이지 않고 소비세와 관세법을 집행하는 영장 등 모든 영장은 압수·수색의 대상이나 장소가 특정되어야 한다는 것을 내용으로 하는 법안을 통과시켰다.[182]

일반영장을 금지하는 규정은 1776년 6월 버지니아 권리장전(Virginia Declarationof Rights) 초안에 최초로 규정되었다.[183] 이후 1791년 수정헌법 10개 조항이 채택되었는데, 이 중 수정헌법 제4조는 수사기관의 불합리한 수색·체포·압수를 금지하고 있으며, 일반영장을 금지하고 있다. 또한 영장은 중립적이고 독립적인(neutral and detached) 치안 판사(magistrate)에 의하여 발부되어야 한다는 것도 분명히 하였으며, 영장 발부의 요건으로 '상당한 이유(probable cause)'는 근거 없는 압수·수색이 자행되어서는 안 된다는 것을 의미한다. 수정헌법 제4조에서는 "부당한 압수·수색을 금지하는 합리성조항(reasonable clause)과 영장의 발부요건을 규정한 영장조항(warrant clause)"으로 구성되어 있다. 이러한 수정헌법 제4조는 정부 관료를 중립적이고 이해관계 없는 자가 아니며, 심사되지 않은(unreviewed) 행정부의 재량 역시 국민의 사생활 비밀 또는 표현의 자유 등을 침해할 가능성이 높다고 보고 있으며, 행정부는 유죄의 증거 수집에만 몰두할 것이라는 판단을 기초로 하고 있다.[184]

미국이 영국의 식민지인 시대에 영국 관리들은 영국 관세법 위반사범을 수사하는 수단으로 주거에 대한 수색에 있어서 광범위한 재량권이 있었다. 이러한 경험은 미국 독립과정에서 통제되지 않는 정부의 수색권에 의해서 개인의 자유와 프라이버시가

---

181) 김종구, 앞의 논문, 193면.

182) 영국과 미국에서 영장주의의 전개과정은 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구 – 1954년 형사소송법의 성립을 중심으로", 서울대학교 대학원 법학과 법학박사학위논문, 2001, 9면-35면 참조.

183) 버지니아 권리장전 초안에는 "Another is agreed to in committee condemning the use of general warrants"라고 규정하여 일반영장에 대한 부정적 입장을 밝히고 있지만, 최종안에는 일반영장에 대한 규정은 선언되지 않았다.

184) United States v. United States Dist. Ct., 407 U.S. 297, 316-317, 1972.

부당히 침해될 수 있다는 것에 관심을 가지게 되었으며, 이것이 바로 미국 수정헌법 제4조의 배경이 된 것이다.[185]

나. 수정헌법 제4조

미국 수정헌법 제4조는 두 부분으로 나뉘어져 있다. 제1문은 불합리한 압수·수색을 금지하는 합리성 조항(reasonable clause)이며, 제2문은 영장의 발부요건인 상당한 이유(probable cause)와 특정성(particularly describing)을 규정한 영장 조항(warrant clause)이다.[186] 특정성은 압수·수색의 대상과 그 내용이 불명확하거나 포괄적·일반적이어서는 안 된다는 것을 의미하므로 특정성에 대한 수정헌법 제4조의 규정은 일반영장을 금지하는 것과 동일한 의미가 있다고 해석할 수 있다. 또한 영장은 중립적이고 독립적인(neutral and detached) 치안 판사에 의해 발부되어야 한다는 것도 분명히 하여 영장발부의 주체를 명시적으로 규정하였다.

영장 발부의 요건으로 '상당한 이유'는 근거 없는 압수·수색이 자행되어서는 안 된다는 것을 의미한다. 이러한 수정헌법 제4조는 정부 관료를 중립적이고 이해관계 없는 자가 아니며, 심사되지 않은(unreviewed) 행정부의 재량은 사생활의 비밀이나 표현의 자유 등을 침해할 가능성이 높으며, 행정부는 유죄의 증거 수집에만 몰두할 것이라는 판단을 그 이론적 기초로 하고 있다.[187] 이는 미국 연방대법원도 마찬가지이다. 연방대법원에 따르면 "수정헌법 제4조는 모든 불합리한 압수·수색을 금지하며, 치안판사의 사전 승인 없이 사법적 절차 밖에서 행해진 압수·수색은 그 자체로 부당하다고 평가하는 것이 동 조항의 주요 원칙"으로 보았다.[188]

하지만 수정헌법 제4조에 따라 영장주의가 선언되었음에도 불구하고 수사기관의 모든 압수·수색에 대하여 영장발부를 요구하지 않았다. 1960년 Warren 연방대법원 이후 영장주의의 예외를 계속적으로 인정하고 있으며, 사생활 보호에 대한 침해 정도

---

185) 김종구, 앞의 논문, 194면.

186) "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."

187) United States v. United States Dist. Ct., 407 U.S. 297, 316-317, 1972.

188) Mincey v. Arizona, 437 U.S. 385 (1978)

와 적법한 법집행이라는 공익을 비교형량하여 영장주의의 예외를 인정하고 있는 추세이다.[189] 이후 대법원 다수의 판결에 따라 개정된 제4조의 영장 요구사항은 "수사 및 압수수색법의 중심적 존재이며, 중립과 분리된 치안판사에 의한 사전 심사는 시민 보호에 대한 핵심이다" 라는 오랜 주장이 확신되었다.[190] 기술의 발전과 함께 4차 개정 영장 요구 사항을 재활성화하기 위해 점점 더 실용적인 방법이 제공되었고,[191] 즉각적으로 사용할 수 있도록 법원이 긴급 상황인 예외를 재검토하여 전화 팩스 등에 비추어 특정 사건의 상황이 긴급한 것으로 볼 수 있는지를 결정하고,[192] 전화 절차의 경우, 프라이버시 가치를 위협할 수 있는지를 검토하였다.[193]

제4차 개정안의 본질적인 목적은 시민들이 자신의 사생활에 대하여 부당한 침해로부터 보호하는 것이었다.[194] 즉, 영장 선호는 법 집행관과 민간인 사이에 중립적이고 분리된 치안을 개입시킴으로써 더욱 효과적으로 한다. 간단히 말해서, 검사와 경찰관은 수사에 관하여 필요한 중립성을 유지할 것으로 기대할 수 없다.[195] 반대로 치안판사는 편견, 서두른 또는 경쟁력 없이 합리성과 개연성이 있는 명분을 결정할 수 있는 더 나은 위치에 있기 때문에 중립적이고 객관적인 판단이 가능하다는 것이다.[196]

---

189) 이상수, "압수·수색에서 영장제도에 관한 한국과 미국의 비교법적 검토", 법학논총, 제39권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2019.5, 138면.

190) William J. Stuntz, Warrants and Fourth Amendment Remedies, 77 Va. L. Rev. 881, 882 (1991).

191) See generally Beci, supra note 9 (suggesting that telecommunications and computer technology can help reinvigorate Fourth Amendment jurisprudence); Kuzmich, supra note 19 (explaining that California has installed personal computers equipped with E-mail access in police cruisers and now permits warrants to be requested and issued using those devices).

192) See Edward F. Marek, Telephonic Search Warrants: A New Equation for Exigent Circumstances, 27 Clev. St. L. Rev. 35, 36 (1978) (stating that "the availability of telephonic search warrants affects most directly the body of decisional authority permitting warrantless searches where exigent circumstances exist").

193) See Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)advisorycommittee'snote.

194) Id. at 588.

195) Coolidge, 403 U.S. at 450.

196) See Beci, supra note 9, at 310

다. 압수·수색의 범위

(1) 불법한 재산침입 심사기준

수정헌법 제4조에서 선언하고 있는 영장주의는 위법한 침해로부터 개인의 주거를 보호하기 위한 것에 중점을 둔 것이다. 즉 가택수색이 중심에 있었고, "주거에 대한 물리적 침입(physical trespasses into house)" 역시 중심에 있었다. 영장주의가 적용되는 압수·수색에 있어서 물리적 침입(intrusion)이 "불법한 재산침입 심사기준(trespass property theory)"에 의하여 엄격하게 적용하였기 때문에 압수·수색의 적용범위가 좁아졌다. 결국, 영장주의가 적용될 수 있는 수색에 해당하려면 물리적 침입이 있어야 하며, '헌법적으로 보호되는 영역'을 '물리적으로 침투하는 경우'에 영장이 필요한 수색으로 보았다.

Boyd v. United States 사건[197]에서는 영장주의의 적용범위를 "개인의 주거의 신성함과 사생활 영역에서의 프라이버시"에 대한 침해로 보았다. Olmstead v. United States 사건[198]에서 연방수사관이 영장 없이 피의자의 집과 사무실에서 이루어진 전화통화 내용을 도청한 것에 대하여 이러한 도청행위는 수정헌법 제4조에 위반되지 않는다고 보았다. 통화내용은 수정헌법 제4조의 보호대상이 아니라고 판단하였기 때문이다. 즉, 수정 헌법이 보호대상으로 하는 것은 주거 등에 대한 물리적 침입이 있어야 적용되는 것을 확인한 것이며, 그 장소 외부에서 수사관에 의해 이루어진 도청행위는 물리적 침입이 없기 때문에 수색에 해당하지 않는다는 것이다.

(2) 합리적 프라이버시 기대 심사기준

Olmstead v. United States 사건에서 제시한 심사기준은 Katz v. United States에서 획기적으로 변경되었다. 이 사건은 연방수사관이 공중전화를 이용하여 불법도박을 하고 있는 Katz를 수사하던 중 그가 사용하고 있던 전화 부스 바깥에 전기적 장치를 부착하여 그의 대화내용을 영장 없이 청취한 사건이다.[199] 그의 대화내용에 대한 감시는 물리적 침입을 수반하지는 않았지만 '수색'에 해당하며 수정헌법 제4조가 적용

197) Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886)
198) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928)
199) Katz v. United States, 389 US 347 (1967)

되므로 영장주의가 적용되어야 한다고 판단한 것이다.

여기에서 '사생활 보호에 대한 합리적 기대'(reasonable expectation of privacy)라는 기준을 제시하였다.[200] 수정헌법이 보호하는 것은 '특정한 장소'가 아니라 '개인'을 보호하는 것이며, 공중전화 부스는 개인의 프라이버시에 대한 기대가 있는 것이라고 본 것이다. 즉 어떤 사람이 집이나 사무실에서 행한 사적 행위가 공중에 노출되었다면 보호되지 않지만, 공중에 노출되는 장소에서 이루어진 행위라고 그것이 사적인 것으로 보기를 기대하였다면 헌법이 보호해야 한다는 것이다.[201] 이 사건은 종전의 물리적 침입이라는 기준에서 사생활 보호라는 관점으로 전환을 한 것으로 평가할 수 있다는 점에서 의의가 있다.

(3) Katz 사건 이후의 변화

영장주의 적용에 있어서 획기적인 판결이 나왔음에도 불구하고 영장 집행에 있어서는 큰 영향을 주지 못했다. 이후 미국 연방대법원에서는 '정보취득을 위한 잠입수사관', '주택 뒷마당에 대한 공중감시', '쓰레기 검사', '전기추적장치의 사용'등에 대해서는 '수색'이 아니므로 수정헌법 제4조의 적용대상이 아니라고 판단하였다.[202]

이처럼 미국 수정헌법은 개인 주거에 대한 수색을 그 적용대상으로 하고 있기 때문에 다양하게 등장하는 새로운 수사기법을 적용하는 것에 있어서 수정헌법 제4조를 적용함에 있어서 많은 어려움이 발생하게 된다. 다시 말해서 물리적 주거수색에 중점을 둔 수정헌법 제4조는 정보통신기술의 발전에 따른 압수·수색 문제에 대하여 수정헌법 제4조를 직접 적용하는 것에 있어서 난항이 예견되었다.

3. 독일

독일의 경우, 참심제 또는 시의원 평의회 또는 판사에 의해 자유의 박탈이 명령되어 영장주의가 도입되기 이전에도 유보의 형태를 찾을 수 있다. 독일에서의 영장주의는

---

200) 이 심사기준에 대한 자세한 설명은 조재빈, "미국의 영장제도와 수사활동", 국회훈련검사 연구논문집 Ⅰ, 2012. 546면.

201) 남정아, 미국 연방헌법 수정증보 제4조의 압수 및 수색의 범위에 관한 고찰, 서울법학 제27권 제3호, 2019, 15면.

202) 조재빈, 앞의 논문, 547면.

19세기부터 시작되었다. 개인의 주관적 권리를 인정하고자 하는 움직임은 19세기 초 독일의 남부 지방의(바이에른, 바덴, 헤센, 뷔템베르크) 헌법들에서 찾을 수 있으며 법적 근거와 그 안의 형식들을 규정하는 조항은 1818년 바이에른 헌법에서 찾을 수 있다(제4장 제8조 3항). 파울교회 헌법(Paulkirchenverfassung)[203]은 중세시대의 법원(Rechtsquellen)을 모델로 삼아 제138조 제2조[204]에서 체포(Verhaftungen)를 위한 영장주의를 도입하고 제140조 제2항 제1문[205]에서 주거수색을 위한 영장주의를 규정하였다. 동조 제2항 제2문[206]과 제3문[207]에서는 현행범 추적의 경우와 다른 법에서 법정 공무원에게 확장된 권한을 수여한 경우에 이에 대한 예외를 허용하고 있다.[208] 파울교회 헌법 제138조에서의 예방적 조치의 종류를 포함한 이미 모든 형태의 자유박탈은 독일 기본법 제104조와 유사하지만, 통지의무(제104조 제4항)과 학대금지(제104조 제1항 제2문)는 제외되고 있다.

1879년에 시행된 제국 형사소송법(Reichsstrafprozessordnung)에서 영장주의는 제국 형사소송법 제105조 제1항에 따라 효력을 가지게 되었다. 독일제국법원

---

203) 1849년의 독일국 헌법 (Verfassung des Deutschen Reiches)으로 이는 프랑크푸르트 제국 헌법 (Frankfurter Reichsverfassung) 또는 파울교회 헌법 (Paulskirchenverfassung)이라고 더 잘 알려져 있다.

204) 현행범으로 체포되는 경우를 제외하고 피의자의 체포는 합리적인 사법적 명령에 의해서만 효력이 발생한다. 이 명령은 체포된 시점 또는 그 후 24시간 이내에 체포된 자에게 전달되어야 한다. § 138 Abs. 2 : Die Verhaftung einer Person soll, außer im Falle der Ergreifung auf frischer That, nur geschehen in Kraft eines richterlichen, mit Gründen versehenen Befehls. Dieser Befehl muß im Augenblicke der Verhaftung oder innerhalb der nächsten vier und zwanzig Stunden dem Verhafteten zugestellt werden. 전체 원문은 https://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/dreier/verfassungsdokumente-von-der-magna-carta-bis-ins-20-jahrhundert/verfassung-des-deutschen-reichs-vom-28-maerz-1849/ 참조. (최종검색 2020.10.03.)

205) 주거에 대한 수색은 다음의 상황에서만 허용된다 : 1. 즉시 또는 그 후 24시간 이내에 관계인들에게 전달되는 합리적인 사법적 명령에 의해 § 140 Abs. 2 Eine Haussuchung ist nur zulässig: 1. in Kraft eines richterlichen, mit Gründen versehenen Befehls, welcher sofort oder innerhalb der nächsten vier und zwanzig Stunden dem Betheiligten zugestellt werden soll,

206) 2. 현행범 추적의 경우 법적으로 권한이 수여된 공무원에 의해 § 140 Abs. 2 Eine Haussuchung ist nur zulässig: 2. im Falle der Verfolgung auf frischer That, durch den gesetzlich berechtigten Beamten,

207) 3. 법에서 사법적 명령 없이 특정 공무원이 그와 같이 하도록 예외적으로 허용하는 경우와 형식 § 140 Abs. 2 Eine Haussuchung ist nur zulässig: 3. in den Fällen und Formen, in welchen das Gesetz ausnahmsweise bestimmten Beamten auch ohne richterlichen Befehl dieselbe gestattet.

208) Talaska, Claudia Elisabeth, Kovač, 2007, S. 55

(Reichsgericht)의 법관은 긴급을 요하는 때에 명령을 위임받은 사람만이 법관의 명령을 필요로 함에 따라 생기는 시간손실이 처분의 결과에 영향을 줄 수 있는지 여부에 대해 판단할 수 있다. 이 때문에 형사소추기관이 통제를 원하는지 여부를 소추기관의 재량에 맡겼다.[209] 이는 파울교회 헌법 창시자들에 의해 본래 법관에게 의도된 통제기능이 제국법원의 법관들에게 아무런 의미가 없다는 것을 보여준다.[210]

독일의 영장주의는 우선 기본법(제13조 주거의 보호, 제104조 신체의 자유)에 의한 헌법(예를 들어 자유와 주거의 보호)으로 도입되었다. 1949년 이후 다수의 영장주의가 형사소송법에 규정되었고, 영장주의는 특히 기밀적 수사기법이 도입된 이후 새로운 시대를 맞이하게 되었다. 입법자는 헌법상 보호되는 피의자(Beschudigte)의 사생활에 대한 침해가 있는 한 영장주의가 적용되도록 하였다. 또한 입법자는 진보적 수사기법의 법적 규제에서 기본법상 요구되는 한계를 고려해야하므로 거의 모든 규정에서 기본권과 관련된 형사절차상 수사의 명령에 관한 영장주의를 규정하게 되었다.[211]

4. 소결

영장주의의 본질적인 내용이 무엇인가에 대하여 비교법적 관점에서 일관된 내용이 있다고 볼 수는 없다. 하나의 영장주의는 각국의 문화와 법질서에 따라 다르게 구현되었기 때문에[212] 세부적인 내용에 있어서는 차이가 있다.[213] 영장주의의 기원과 그 형성과정에 따라 파악된 영장주의의 기본적 내용으로는 다음과 같은 것을 제시할 수 있다.

첫째, 일반영장의 금지이다. 영장주의의 형성과정을 보게 되면 그 출발점은 일반영장에 대한 제한이었다. 일반영장은 피압수자, 대상, 장소를 제한하지 않았기 때문에 영장을 집행하는 관리는 그가 원하는 대상을 무제한적으로 압수·수색이 가능하게 되는데, 이는 신체와 주거의 자유에 대한 기본권 보장에 충실할 수 없다는 반성적

---

209) RGSt 23, 334
210) Talaska, Claudia Elisabeth, Kovač, 2007, S. 55-56
211) Talaska, Claudia Elisabeth, Kovač, 2007, S. 56
212) 황정인,“영장주의의 본질과 영장제도 -체포제도를 중심으로-”, 형사정책연구, 2010.6, 205면-206면.
213) 김종현.“영장주의에 관한 헌법적 연구”, 헌법재판연구원, 2019, 14면.

고려에서 출발한 것이다. 그렇기 때문에 영장주의의 출발은 일반영장 남용에 따른 폐해를 방지하는 것에 주된 목적이 있다. 미국 수정헌법은 영장의 특정성을 명문으로 규정하고 있지만 이에 반하여 우리나라 헌법의 경우 영장의 특정성을 명문으로 규정하고 있지 않다. 다만 형사소송법에서 영장의 특정성을 요구하고 있기 때문에 우리나라의 경우에도 일반영장은 금지되어 있다고 보는 것에 대해서는 견해가 일치한다.

둘째, 법집행기관의 재량 제한이다. 법집행기관의 재량을 제한할 필요성은 영장주의의 도입하는 과정에서 중요한 목적이다. 영장주의를 적용한 것은 영장집행자의 자의적이고 광범위한 강제처분이 집행될 수 있다는 것을 견제하기 위한 것이다. 미국 연방대법원 판례에 따르면 수정헌법 제4조는 법집행하는 정부관료는 중립적이고 이해관계가 없는 존재가 아니며, 법집행기관의 재량이 법원에 의하여 심사되지 않을 경우 주거의 자유나 프라이버시 등 기본권에 대한 중대한 침해에 대한 위험성을 간과할 수 있으며, 유죄의 입증을 위한 증거 취득에 치우칠 가능성이 있다는 역사적·경험적 판단에 근거한 것이다.

셋째, 중립적이고 독립적인 법관에 의한 판단이다. 법집행권자에 대한 재량권을 제한하고 통제하기 위해서는 공정한 제3자의 판단이 필요하다는 것은 당연한 논리적 구조이다. 그래서 영장에 대한 법관유보제도라고 평가할 수 있다. 미국 수정헌법 제4조에서 영장의 발부권자가 누구인지에 대하여 직접적으로 규정하고 있지는 않지만, 영장발부는 중립적·독립적인 치안판사에 의하여야 한다는 점에 견해가 일치하고 있다. 우리나라 헌법의 경우에는 영장의 발부권자를 법관으로 명시하고 있다.

넷째, 영장발부를 판단함에 있어서 상당한 이유가 있어야 한다. 영장발부가 중립적 법관에 의해 이루어졌다고 하더라도 영장 발부 여부를 판단함에 있어서 불충분하고 정당한 근거에 의하여 뒷받침되지 않는 자료에 의하여 불확실한 의심만으로 영장이 발부와 집행이 된다면 이는 적절한 기본권 보호라고 볼 수 없다. 따라서 영장은 “죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유”가 있어야 한다. 예를 들면 체포영장에 의한 체포의 경우 형사소송법 제200조의2에 따르면 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유 없이 제200조의 규정에 의한 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니 할 우려가 있는 때”에 지방법원판사로부터 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. 범죄혐의의 상당성은 헌법에 명문으

로 규정되어 있지 않지만, 헌법가치를 구체적으로 실현하는 형사소송법규정에서는 체포와 구속, 그리고 압수·수색 등 강제처분의 경우 범죄혐의의 상당성을 그 요건으로 하고 있다.

이상과 같이 영장주의의 기원과 형성과정의 관점에서 영장주의의 본질적 내용을 살펴본다면 다음과 같이 요약하여 정리할 수 있다. 즉 영장주의는 "중립적이고 독립적인 법관이 범죄혐의의 상당성에 기초하여 강제처분의 대상과 그 범위를 특정하여 영장을 발부함으로 인하여 법집행기관의 재량적 행위를 통제하는 것"을 의미한다.

제3절 | 영장주의의 목적과 기능

1. 영장주의의 목적

기본적으로 영장주의의 목적에 대한 헌법상의 합의는 없으나, 사법부의 개입이 형사절차상 수사조치를 받거나 이에 영향을 받을 수 있는 사람들을 보호하기 위한 것이며,[214] 법집행기관의 자의적이고 광범위한 재량에 의한 압수·수색을 통제하기 위한 것으로 보는 것이 일반적이다. 이에 영장주의는 특별히 중대한 기본권 침해와 관련하여 결여된 혹은 너무 늦은 법적 보호를 보완하기 위한 것으로 이러한 두 가지 측면의 조합으로 볼 수 있다.[215] 따라서 영장주의는 일반적으로 단지 하나의 목적으로 설명될 수 없다. 이하에서는 영장주의의 목적과 관련한 현재의 견해를 간단히 검토하고자 한다.

가. 행정부의 통제

독일 기본법에서 영장주의의 역사적 목적은 특히 제3제국에서 발생했던 행정부의 권리 남용을 방지하기 위한 것이었다. 이러한 목적을 위해 특정 침해조치에 대한

214) Talaska, Claudia Elisabeth, Kovač, 2007, S. 56
215) Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, 7. Aufl. 2018, GG Art. 104 Rn. 39

실제 결정은 처음부터 법관에게 맡겨졌다. 이는 자유와 주거의 보호를 우선 단순한 법으로 실현되도록 규정하고자 하는 것이 아닌 즉각적이고 무엇보다도 직접적으로 효과적 보호를 달성하기 위한 것이었다. 영장주의는 민주적으로 합법적이지 않은 '빌헬름(wilhelminische)' 경찰에 대한 상당한 불신이 있었을 때부터 시작되었으며, 그 점에 있어서는 행정부를 통제하는 것이 합당하였다.[216]는 판단에 근거한다.

법관의 독립성으로 인해 법관은 기본권 침해의 당사자들의 권리를 가장 확실하고 적절하게 보장할 수 있으며, 이에 영장주의는 검경 등 통제의 전단계화 된 법적보호로서 수사기관의 독단적 권리남용의 위험을 방지하기 위한 기능을 수행하였다.[217] 또한 1848/49년의 파울교회 총회의 헌법 논의와 관련하여 법률유보(Gesetzesvorbehalt)는 자의적인, 가령 정치적 동기에 의한 체포로부터 보호하기에 충분하지 않았으므로 이에 체포권 남용의 위험이 특히 고려되었다는 견해가 있다.[218] 이 외에도 헌법상 규정된 영장주의는 우선적으로 기본권침해에 대한 헌법적 정당화에 따른 기본권 보호의 기능을 수행하면서 다른 한편으로 형사소추기관의 객관적 권한을 제한하는 것을 의미한다고 보아 이에 명령을 내리는 법관은 형사소추기관의 객관적 통제기관으로서의 성격을 갖는다는 견해도 있다.[219]

이에 반해 영장주의는 19세기 특정 조치를 위한 본래의 사법적 관할권으로부터 특히 형사소송법에서 발전된 것으로 직접적으로 형사소추기관의 통제에 기여하는 것이 아니라는 견해[220]도 있다. 이에 따르면 영장주의는 단지 명령권한을 포함하는 것이며 통제권한은 이에 포함되지 않는다고 한다.[221] 이와 비슷한 견해로 영장주의는 이러한 통제를 의미하지 않으며 기본법 제19조 제4항에 근거할 수 없다는 입장으로

---

216) Brüning, Janique, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Nomos, 2005, S. 113

217) Kutscha, Martin, Rechtsschutzdefizite bei Grundrechtseingriffen von Sicherheitsbehörden, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 2003, S. 1298

218) Ollinger, Thomas. Die Entwicklung des Richtervorbehalts im Verhaftungsrecht: von den Anfängen bis zur Paulskirchenverfassung. Duncker & Humblot, 1997, S. 376 이하

219) Lin, Yu-hsiung, Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe. Lang, 1998, S. 235-236

220) Malte Rabe von Kühlewein, Der Richtervorbehalt im Polizei-und Strafprozessrecht. Lang, 2001, S. 89, 411

221) Malte Rabe von Kühlewein, Der Richtervorbehalt im Polizei-und Strafprozessrecht. Lang, 2001, S. 89, 411

이 견해에 따르면 헌법상 규정된 영장주의는 오히려 기본법 제13조 제3항 및 제104조 제2항 제1문에서 근거할 수 있는 추가적 법적보호를 나타낸다.[222]고 한다.

나. 침해의 심각성

일부 견해에 따르면 독일 연방헌법재판소는 당사자들의 권리와 침해의 심각성(Schwere des Eingriffs)으로부터 영장주의를 도출한다고 보았다. 특정 국가적 조치는 법적 제재의 대상에게 강력한 조치가 될 수 있으므로 사법적 심사 없이 대상자에게 수인의무(Duldungspflicht)를 지울 수 없으므로 이러한 조치는 일시적으로 받아들여지지 않을 수 있다. 또한 개인 또는 재산권 침해는 원칙적으로 법관의 권한에 속하며, 이러한 평가의 동기에 따른 일부 수사조치는 당사자들의 개인적 권리에 깊이 개입하기에 적합하다는 것이다.[223]

다. 절차상 상황의 특수성

영장주의의 의의와 그 목적은 법관의 명령에 따라 이루어지는 개입의 절차적 특성(Besonderheit der Verfahrenssituation)에 따라 설명될 수 있다. 특정 조치는 즉시 이행되도록 되어 있어 법적 보호가 적시에 이루어지기 불가능한 특징을 갖는다. 자유의 박탈 혹은 주거의 수색은 잠재적 당사자들이 그러한 조치가 이루어지기 이전에 알고 대비한다면 수사기관의 조치를 회피하거나 수사기관이 찾는 증거를 제거하는 등의 가능성이 있으므로 대부분 압수·수색이 의도하는 본래의 의미를 상실한다.

따라서 이러한 조치들은 당사자들에게 필요적으로 예기치 않은 효과(Überraschungseffekt)를 미치게 된다. 이렇듯 적시에 효과적인 사법심사가 이루어지지 않음에도 불구하고 사전적 사법결정의 대상이 되지 않는 여러 가지 침해가 존재한다. 그러므로 적시에 이루어지지 못한 법적 보호를 보상하는 것은 영장주의의 의미와 목적일 뿐만 아니라, 수사조치에 영장주의가 존재하는 이유가 될 수도 있다.[224]

---

222) Lepsius, Oliver, Die Unverletzlichkeit der Wohnung bei Gefahr im Verzug, JURA (4) , 2002, S. 261

223) Gusy, Christoph, Rechtsgrundlagen der Richtervorbehalte nach § 100b StPO. Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), 2003, S. 673, 676

또한 영장주의는 수사에 방해되지 않도록 적어도 수색의 시점부터 당사자들에게 알려지지 않은 채 이루어지는 수사조치와도 관련이 있다. 당사자들은 수사조치의 회피 또는 중지를 위한 법적 보호를 요청 할 수 있는 가능성이 없다. 기본권에 대한 광범위한 침해는 종종 독일 기본법 제19조 제4항이 적용되기 이전에 끝나는 경우가 대부분이므로 주거수색과 자유박탈을 위한 영장주의는 독일 기본법에 규정되어 있다.[225] 특히, 당사자가 기본권침해에 대해 전혀 알지 못한다면 추후 침해에 대한 조치를 취할 수 있는 가능성의 결여를 사법적 개입을 통해 보충할 수 있다.[226]

비슷한 견해로 영장주의의 목적을 독일 기본법 제103조 제1항의 법적 심문의 흠결을 보충하는 것으로 보는 입장이 있다. 독일 형사소송법 제162조에 따르면 법관은 검사의 청구에 따라 활동하게 되며, 원칙적으로 당사자들의 사전 심문 없이 행해지는 수색 또는 구속명령과 같은 조치의 경우 수사판사의 개입은 관련자들의 모든 이익의 고려가 이루어지도록 하기 위한 것이며, 이는 법적 심문이 이루어지지 않은 것에 대한 일종의 "대체" 역할을 한다는 것이다.[227] 따라서 영장주의의 목적은 기본권주체에 대한 적절한 고려가 이루어지도록 하기 위하여 독립적이고 중립적인 기관을 통한 예방적 통제를 보장해야 한다.[228]

2. 영장주의의 기능

영장주의는 이중적 기능을 가진다. 우선 영장주의를 통해 절차를 통한 기본권보호의 실효성을 높인다. 강제조치의 당사자에 대한 가장 효과적 보호는 자신의 기본권에 대해 계획된 국가의 개입을 자제하는 것이다. 가능한 경우 (국가적) 조치의 시행 전에 중립적이고 독립적인 법원을 개입시킴으로서 당사자들의 절차적 권리를 보장하여 이루어진다. 더불어 국가적 개입장치의 적합성과 효율성을 높이는데, 이는 사법적 관여가 높은 수준의 기본권에 대해 심각하고 중대한 침해를 허용한다는 사실에 의해 달성되

224) Gusy, Christoph, GA, 2003, S. 674
225) BVerfGE 96, 27, 40
226) 이는 특정 상황 하에서 원칙적으로 규정되어 있는 통지의무에 의해 달라질 수 있다.
227) Krehl, Christoph, Richtervorbehalt und Durchsuchungen außerhalb gewöhnlicher Dienstzeiten, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2003, S. 463
228) Amelung, Knut, Die Entscheidung des BVerfG zur „Gefahr im Verzug" iS Art. 13 II GG, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2001, S. 338

며, 이러한 관여 없이는 기본권에 대한 침해가 완전히 허용되지 않을 수 있다.[229)]

영장주의를 통한 사법적 개입은 기본권 보호기능의 역할을 한다. 강제처분의 당사자들은 자유가 박탈된 기간 동안 법적보호기관에 자유롭게 접근할 수 없으므로 기본권 보호기능이 더욱 중요해진다. 이 때문에 당사자들은 사법적 개입을 포기할 수 없다. 그러나 법관에 의한 기본권 보호가 자유의 박탈이 이루어지기 전에 시행되는 경우라 하더라도 독일 기본법 제19조 제4항(공권력에 의해 기본권이 침해될 시 법률적 수단 보장)과 비교될 수 없다.[230)] 즉, 강제처분에 의한 기본권 침해가 이루어지기 전 영장주의를 통한 기본권 보호와 기본법 제19조 제4항의 강제처분이 행해진 이후의 기본권 보호는 같은 차원의 기본권 보호장치로서 볼 수 없기 때문이다. 왜냐하면 수사기관의 강제처분 명령이 법관에 의해 행사되더라도 이는 기본법 제20조 제2항 제2문(권력분립 원칙)과 제92조(사법권의 행사)에서 의미하고 있는 "재판(Rechtsprechung)"으로서 사법활동으로 볼 수 있는 본질적 기능이 결여된다고 본 것이다.

이와 같이 법관유보행위를 법관의 사법 활동으로 볼 수 없는 이유는 특히 독일 기본법 제101조(재판받을 권리), 제103조 제1항(법적 청문을 받을 기본권)에 의해 보장되는 공정하고 중립적인 절차의 형사절차적 중립성 보장이 이루어지지 않기 때문이다. 사후적으로 이루어지는 사법적 결정과 달리, 사전의 사법적 개입행위의 경우 관련 당사자에 대한 법적 심문이 이루어지지 않기 때문에 특별한 절차적 보장이 이루어지지 않는다. 그러나 대부분 당사자들에게 향후 조치를 사전에 통보해서는 안 되고 심문을 할 수도 없으므로 이는 절차적 결함이 아닌 절차의 의미에 따른 것으로 해석할 수 있다.

그래서 법적 청문권과 참여권 보장에 관한 원칙이 사법절차의 헌법상 필요적 기본요소 중 하나임에도 법관유보행위에서는 이러한 원칙이 지켜지지 않는 것이다. 이런 의미에서 법관의 유보행위가 독일 기본법 제92조의 의미 내에서의 사법적 활동으로 볼 수 없으며, 이는 법관의 유보행위가 자유박탈(강제처분)을 집행하기 전에 행해진 경우라면 더욱 그렇다. 오히려 법관은 사법부가 아닌 행정부의 보조기능으로 작용하

---

229) Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, 7. Aufl. 2018, GG Art. 104 Rn. 40

230) 수사절차의 대상자 또는 이에 영향을 받을 수 있는 관련자들에 대한 법적 보호는 독일 기본법 제19조 제4항에 따라 보장되며, 영장주의에 의한 법적 보호보다 독일 기본법 제19조 제4항이 더 포괄적 기본권 보호를 규정하고 있다.

며, 그러한 활동이 행정적으로 법관에게 주어진다는 사실은 법관의 유보행위가 기능적으로 제92조의 의미 내에서의 사법권 행사가 되지 않는다는 것을 의미한다. 따라서 법관의 유보행위에 따른 사전적 효과는 제19조 제4항의 법적 보호와 완전히 동등하다고 할 수 없다.[231]

제4절 | 영장주의의 본질적 요소

1. 영장의 발부권자

가. 법관유보제도

영장주의는 수사기관에 의한 형사절차상 기본권침해에 대한 명령 또는 확인을 위한 판사의 개입을 의미하는 법관유보제도이다.[232] 강제처분은 사법권의 독립이 보장된 법관의 결정에 맡기려고 하는 것이 헌법적 이념이므로[233] 신분이 보장된 직무활동의 독립성이 있는 법관이 발부한 영장을 제시하지 않고서는 수사에 필요한 강제처분을 할 수 없다.[234] 독립적이고 중립적인 제3의 기관에 의한 영장발부가 핵심내용이므로 검사나 사법경찰관 등과 같은 영장집행기관은 영장발부의 주체가 될 수 없다.[235] 따라서 영장주의의 본질은 기본권을 제한하는 강제처분에 있어서 수사의 당사자가 아닌 제3자로서 사법권 독립에 의하여 신분이 보장되고 객관적인 입장에서 공정하게 판단할 수 있는 법관에게 강제처분의 적법성 여부를 판단하게 하는 것으로 '강제처분의 법관유보'라고 부를 수 있는 것이다.[236] 따라서 영장발부의 주체를 법관으로 규정하는 것은 헌법상 영장주의의 핵심이 된다.

---

231) Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, 7. Aufl. 2018, GG Art. 104 Rn. 41
232) Talaska, Claudia Elisabeth, Der Richtervorbehalt: ein sinnvolles Element des Grundrechtss-chutzes?, Kovač, 2007, S. 54
233) 헌법재판소 1993.12.23. 선고 93헌가2 결정.
234) 신동운, 『신형사소송법』 제5판, 2014, 227면.
235) 자동차의 수색과 압수영장은 중립적이고 독립적인 치안판사에 의해 발부된 것이 아닌 주 검찰총장은 영장발부권자가 아니라는 미국 연방대법원 판례로는 Coolidge v. New Hampshire 403 US 443 (1971).
236) 김선택, 영장청구권 관련 헌법 규정 연구, 59면

나. 미국의 경우

미국 수정헌법 제4조는 영장발부의 주체를 명시적으로 규정하고 있지 않다. 이에 법관뿐만 아니라 치안판사(a magistrate judge)도 영장을 발부할 수 있으며, 지방조례 위반행위에 대하여 지방법원 서기(municipal court clert)에게 구속영장 발부권한을 인정한 사례도 있다.[237] 연방형사소송규칙 41(b)(1)은 압수·수색물이나 사람이 존재하는 지역의 치안판사를 영장발부권자로 규정하고 있는데,[238] 미국 주법(state law)상 근거가 있는 경우에는 법관 이외의 기관도 영장을 발부할 수 있다.

이처럼 미국 수정헌법에서 영장발부의 주체를 법관에 한정하지 않고 다른 제3자에게도 인정하는 것은 영장발부의 주체가 반드시 법률전문가일 필요는 없으며, 영장발부 여부에 대한 판단은 법률적 판단이 아닌 "합리적이고 신중한 사람으로서 행동할 때 근거를 두는 일상생활에서의 사실적 고려판단"으로 보기 때문이다.[239] 따라서 영장발부의 주체에 있어서 중요한 조건은 "중립적이고 이해관계로부터 자유로운"(neutral and detached) 제3자라는 점이므로 이러한 조건을 구비하고 있는 제3자를 반드시 법관으로 한정할 필요는 없다고 판단한 것이다. 여기서 독립적이고 공정하다는 의미는 당해 사건과 관련하여 검사나 사법경찰관의 입장에 치우쳐서 판단해서는 안 된다는 것을 의미한다.

다. 독일의 경우

독일 기본법 제104조 제2항 제1문에[240] 규정되어 있는 영장주의는 자유를 박탈하는 (Freiheitsentziehung) 모든 형태에 적용된다. 예방적 임시체포(Gewahrsam)뿐만 아니라 (의심되는) 범죄행위를 이유로 이루어지는 억압적 체포(Festnahme) 또한 모두 규제된다. 영장주의는 수사기관에 의해 자유의 침해가 이루어지기 이전에 법원의 결

---

237) 이에 대한 설명으로 Rolando V. del Carmen/김한균 역, "미국의 인신구속제도(The United States Arrest System)", 형사정책연구, 2005.겨울, 24면.

238) a magistrate judge with authority in the district—or if none is reasonably available, a judge of a state court of record in the district—has authority to issue a warrant to search for and seize a person or property located within the district;

239) 황정인, 앞의 논문, 209면.

240) 자유박탈의 허용과 계속에 관한 것은 법관이 결정한다. § 104 Abs. 2 S. 1 GG : Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden

정이 있을 것을 요하는 사전영장의 경우와, 자유가 침해된 이후의 법원의 결정이 있을 것을 요하는 사후영장의 경우로 나누어진다. 전자는 "허용(Zulässigkeit)"과 관련되며, 후자는 "허용(Zulässigkeit) 및 계속(Fortdauer)"과 관련된다. 양자 모두 자유의 박탈에 대한 행정부의 결정의 적법성을 법관이 검토할 뿐만 아니라 법관 스스로가 이 결정을 내릴 수 있도록 한 것이다.[241]

미국의 경우와는 달리 독일 기본법은 체포·구속에 의한 자유의 박탈과 지속은 법관만이 결정하며, "법관의 명령에 의하지 않은 자유박탈은 지체 없이 법관의 결정을 받아야 한다"고 규정하고 있다(독일 기본법 제104조 제2항). 그러면서도 기본법 제13조 제2항은 법관만이 수색을 명할 수 있다고 하면서도, 주거의 수색이 지체되면 위험한 경우(bei Gefahr im Verzug) 법률에 규정된 다른 기관에 의할 수 있도록 예외를 인정하고 있다.

독일 형사소송법 제98조에 따르면 "압수는 법원만이 명할 수 있지만, 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에는 검사와 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다." 하지만, 압수 당시 당사자 등이 부재하였거나 대상자 등이 명시적으로 이의를 제기한 경우 압수한 공무원은 압수 후 3일 이내에 법원에 추인을 신청해야 한다(독일 형사소송법 제98조 제2항). 또한 독일 형사소송법 제100조a에 따르면 일정한 요건을 모두 충족한 경우 대상자 모르게 통신감청과 녹음을 할 수 있는데,[242] 이러한 조치는 검사의 신청이 있는 경우에만 법원이 명할 수 있지만, 압수의 경우와 마찬가지로 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에 한하여 검사도 명령을 할 수 있다. 이 경우 검사의 명령은 3근무일 내에 법원의 승인을 받지 못하면 그 효력을 잃는다(독일 형사소송법 제100조e(1).) 결국 독일 형사소송법에서 인정하고 있는 검사의 감청이나 압수명령에 있어서도 영장발부에 있어서 법관유보의 원칙은 관철된다고 볼 수 있다. 다만 지체되거나 위험할 경우 검사나 그 수사요원이 행한 수색명령에 대하여는 사후에 판사의 승인을 받을 필요가 없으나, 예외사유는 엄격하게 해석하여야 한다는 것이 일반적 입장이다.[243]

---

241) Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, 7. Aufl. 2018, GG Art. 104 Rn. 39

242) 통신감청과 녹음은 대상자가 사용하는 정보기술시스템에 기술적 수단으로 침입하는 것이 감청과 녹음을 암호화되지 않은 형식으로 할 수 있도록 하는 데 필요한 경우에 그 침입방식으로도 할 수 있다(독일 형사소송법 제100조a).

243) 독일에서 압수·수색의 법관유보 원칙과 예외에 관하여 보다 자세히는 Michael Bohlander,

한편, 독일 연방헌법재판소(BVerfG)에 따르면 영장주의는 기대된 법적 보호의 한 형태로 설명하고 있다. "영장주의의 경우, 기본법이 주관적 및 객관적 독립성과[244] 법에 엄격하게 구속된다고 여기는 독립적이고 중립적인 법원의 통제를 통해 당사자들의 권리를 가장 잘 보장할 수 있는 방법이라는 것이다."[245] 그 후 2004년 판결에서 영장주의의 의미를 더욱 분명히 강조하면서 다음과 같이 덧붙였다: "기본법에 따르면 법관은 자신의 주관적, 객관적 독립성과 법의 엄격한 구속됨을 기반으로 각 개별 사례에서의 당사자들의 권리를 가장 잘 그리고 가장 확실하게 보장할 수 있다. 당사자들의 사전 심문 없이 정기적으로 수색을 지시하는 경우, 법원의 개입은 당사자의 이익을 고려하여야 한다. 이는 침해조건들에 대한 독립적인 사법적 심사를 전제로 하므로 법원의 수색영장은 단순한 형식상의 절차가 아니라는 것이다."[246]

이와 같이 영장에 대한 사법적 통제권한이 법관에게 주어지는 이유는 사법부의 독립성에 근거하고 있는데, 수사기관 역시 판사와 같이 법에 구속되어 있지만, 중립적 권한을 가진 판사만이 자신에게 할당된 사건에 대해 외부적 개입 없이 판단을 내릴 수 있기 때문이다. 이에 비하여 수사기관은 행위자를 내보여야 한다는 심리적 압력을 받고 있으며 실제로 이 압력은 독일 형사소송법 제160조 제2항에[247] 규정되어 있는 원칙과는 달리 책임을 면제시키는 증거보다는 책임을 가중시키는 증거를 추적하고 수집·보전하도록 권장할 수 있다.[248] 이러한 의미에서 독일 연방헌법재판소는 법에 대한 구속력에도 불구하고 수사를 진행하는 기관들로부터 엄격한 중립을 기대할 수 없다고 하여, 판사만이 기본권의 효과적 보호에 필요한 중립성을 가지고 있다고 판단

Principles of German Criminal Procedure, Oxford: Hart Publishng, 2012, pp. 82-84; 손지영·김주석, "압수·수색 절차의 개선방안에 관한 연구", 사법정책연구원 연구총서, 대법원 사법정책연구원, 2016, 142-143, 151-152면 참조.

244) 여기서의 주관적 독립성은 법관의 독립성을, 객관적 독립성은 기관, 즉 사법부의 독립성을 의미한다.

245) BVerfG NJW 2002, 1333; BVerfGE 103, 142 (151)

246) BVerfG StV 2005, 643; BVerfGE 77, 1 (51)

247) 검사는 책임을 가중시키는 상황 뿐만 아니라 책임을 면제시키는 상황에 대해서도 수사하여야 하며 멸실의 우려가 있는 증거수집을 위한 조치를 취해야 한다. § 160 Abs. 2 StPO : Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist

248) Ottow, Sabine, Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren und nach dem Polizeirecht : die Einwirkungen des europäischen Rechts auf das deutsche Strafverfahren, Duncker & Humblot, 2014, S. 72

한 것이다.[249]

또한 영장발부에 있어서 법관의 심사권한은 원칙적으로 제한이 없다. 즉, 법적 허용요건 뿐만 아니라 강제처분의 적합성 모두 조사하여야 한다.[250] 수색영장에 대한 요구사항과 관련하여 연방헌법재판소는 법관은 법집행기관의 통제기관으로서의 가능성과 합리성의 관점에서 기본권에 대한 침해가 측정가능하고 통제가능하다는 것을 확실히 할 의무를 진다고 판시하였다.[251] 수색영장에는 법관이 침해조건을 독자적으로 자신의 책임 하에 검토하였다는 것이 명시되어 있어야 한다.

라. 소결

우리나라 헌법 제12조 제3항은 영장발부권자를 '법관'이라고 명시하고 있다. "검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시'하여야 한다는 것은 기본권에 대한 중대한 제한이 되는 강제처분을 함에 있어서 중립적이고 독립적인 법관의 허가를 받도록 하여 기본권을 충실하게 보호하려는데 그 목적이 있다. 따라서 수사기관에 대한 사법적 통제를 함으로써 대상자의 기본권 보장을 주된 목적으로 한 것이다.

헌법재판소도 같은 입장이다. "영장주의는 인신의 자유를 제한하는 강제수사의 경우 사법권 독립에 의하여 신분이 보장되는 법관의 사전적·사법적 억제를 통해 수사기관의 강제처분 남용을 방지하고 국민의 기본권을 보장하는 것을 그 본질로 한다. 즉 영장주의의 본질은 강제수사의 요부 판단권한을 수사의 당사자가 아닌 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관에게 유보하는 것으로서, 법치국가의 사법질서 확립을 위해서는 수사절차에서의 사법통제가 반드시 필요한 것임을 선언한 것이다."[252]

이에 헌법 제12조 제3항은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하도록 함으로써 영장주의를 헌법적 차원에서 보장하고 있고, 이 영장주의는 법관이 발부한 영장에 의하지 아니하고는 수사에 필요한 강제처분을 하지 못한다는 원칙을 말한다."[253]

---

249) BVerfG NJW 2001, 1121, 1122
250) Ottow, Sabine, Duncker & Humblot, 2014, S. 72
251) BVerfG NJW 2001, 1121, 1122
252) 헌법재판소 2012.6.27. 2011헌가36 결정.
253) 헌법재판소 2016.11.24. 2014헌바401 결정.

대법원 판례의 경우에도 영장주의를 “강제처분의 남용으로부터 신체의 자유 등 국민의 기본권을 보장하기 위한 핵심 수단”으로 보고 있다.[254] “수사기관이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 한 경우에도 불법체포·감금의 직무범죄가 인정되는 경우에 준하는 것으로 보아 형사소송법 제420조 제7호의 재심사유가 있다고 보아야 하는지”에 대한 사건에서 대법원은 “영장주의를 배제하는 위헌적 법령이 시행되고 있는 동안 수사기관이 그 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 하였다면 법체계상 그러한 행위를 곧바로 직무범죄로 평가하기는 어렵지”만 이런 경우에도 “영장주의를 배제하는 법령 자체가 위헌이라면 결국 헌법상 영장주의에 위반하여 영장 없는 체포·구금을 한 것이고 그로 인한 국민의 기본권 침해 결과는 수사기관이 직무범죄를 저지른 경우와 다르지 않다고 보았다. 즉, 수사기관이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 체포·구금을 한 경우 비록 그것이 형식상 존재하는 당시의 법령에 따른 행위라고 하더라도 그 법령 자체가 위헌이라면 결과적으로 그 수사에 기초한 공소제기에 따른 유죄의 확정판결에는 수사기관이 형법 제124조의 불법체포·감금죄를 범한 경우와 마찬가지의 중대한 하자가 있다고 보아야 한다.”고 판단하였다.[255]

2. 일반영장 금지의 원칙

가. 특정성의 원칙

영장은 피처분자와 그의 범죄혐의 내용 등이 특정되어 있어야 하며, 이것이 특정되지 않은 일반영장(General Warrant)은 금지된다. 우리 헌법은 일반영장 금지의 원칙을 명시적으로 규정하고 있지 않지만, 영장주의의 본질과 취지 그리고 영장주의의 역사적 출발점을 고려할 때 영장주의에는 일반영장 금지의 원칙이 포함되어 있다고 보는 것이 타당하다.[256] 이는 영장집행기관의 자의적인 집행을 제한하여 신체와 주거에 대한 기본권 보호를 강화하기 위한 것이기 때문이다.

---

254) 대법원 2018.5.2. 자 2015모3243 결정.
255) 대법원 2018.5.2. 자 2015모3243 결정.
256) 영장주의의 성립과정에 대해서, 상세한 것은 井上正仁「令状主義の形成過程」司法研修所論集 · 創立50周年記念特集 号3巻 200頁 (一九九七) 。

또한 현행 형사소송법 제75조가 규정하고 있는 “구속영장에는 피고인의 성명, 주거, 죄명, 공소사실의 요지, 인치 구금할 장소, 발부연월일, 그 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 할 취지를 기재하여야 한다.”고 명시하고 있으며, 동법 제114조에 따르면 “압수·수색영장에는 피고인의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부연월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지의 기타 대법원규칙으로 정한 사항[257]을 기재하여야 한다. 그리고, 압수·수색할 물건이 전기통신에 관한 것일 경우 그 작성기간을 기재하여야 한다.”고 명시하고 있다. 이러한 형사소송법 규정은 일반영장금지를 직접적으로 언급을 하고 있지는 않지만, 일반영장 금지의 원칙을 구체화한 것으로 평가할 수 있다.[258] 이와 같이 영장주의의 제도적 기원과 현행 법률의 해석을 고려한다면 일반영장의 금지는 영장주의의 기본적 내용에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

나. 미국의 경우

영국과 미국의 영장주의는 일반영장의 남용에 따른 폐해를 방지하는 데 주요 목적이 있었다는 것은 이미 설명하였다. 일반영장은 어떤 사람, 장소, 사물로 그 대상을 제한하지 않은 채 영장을 소지한 사람으로 하여금 그가 원하는 사람과 장소를 무제한적으로 수색하는 것을 가능하게 한다. 영장이라는 형식과 제도의 존재만으로는 기본권 보호에 충실할 수 없다는 반성이 일반영장 금지원칙으로 나타난 것이다.[259] 미국 수정헌법은 “수색될 장소나 체포·압수될 사람 내지 물건을 특정하여 표시하지 않고 발부되어서는 안 된다”는 선언이 일반영장금지의 원칙에서 말하고 있으며, 미국 연방형사소송법 제41조에 이를 다시 세부적으로 규정하고 있다. 압수·수색의 대상을 특정하라는 것은 일반영장이 금지된다는 것을 의미하므로 결국 특정성의 원칙과 일반영장금지의 원칙은 동일한 의미로 볼 수 있다.[260] 미국 연방대법원은 영장을 집행하는

---

257) 형사소송규칙 제58조에 따르면 압수수색의 사유를 기재하여야 한다.

258) 박용철, 컴퓨터 압수·수색의 문제점, 형사법연구 제20권 제2호, 2008, 132면; 황정인, 앞의 논문, 216면(다만 이 견해에 따르면 일반영장금지의 원칙은 영장주의의 본질에 해당하지 않는다고 한다).

259) 김종현, 영장주의의 헌법적 연구, 12면.

수사기관에 무엇을 압수해야 되는지에 관하여 일체의 재량을 남기지 않아야 한다고 판시하고 있다.[261]

하지만 미국에서 영장의 특정성 요건이 일관되게 적용되지는 않고 있다. 미국 연방대법원은 법관의 과실로 인하여 압수물을 특정하지 않은 채 영장이 발부된 경우 영장을 집행하는 경찰관이 객관적인 입장에서 당해 영장이 유효하다고 합리적으로 믿고 증거물을 압수한 경우 그 압수물에 대한 증거능력을 인정하고 있다. 그리고 증거배제의 법칙은 수사기관의 위법한 수사를 억제하기 위하여 채택된 것이지, 치안판사나 법관의 실수를 제재하기 위하여 채택된 것이 아니라는 것이 주된 이유이다.[262]

다. 독일의 경우

독일 기본법 제13조 제1항에서는 주거의 불가침성을 보장하고 있다. 동조 제2항에서 원칙적으로 법관의 명령에 의해 수색이 이루어질 수 있도록 한 것은 공간적 사생활 보호라는 헌법상의 의미와 침해의 중대성에 따른 것이다. 그러나 본 규정은 주거수색에 있어 법관의 개입이 이루어져야 한다는 것을 분명히 하고 있을 뿐, 수색명령을 내린 판사가 무엇을 심사해야 하는지에 대해서는 이 조항을 통해 직접적으로 알 수 있는 것은 아니다. 동조 제3항에서 허용되는 "간섭 및 제한"을 위한 전제조건(공공의 위험, 생명의 위험 등)은 동조 제2항의 수색에 적용되지 않는다. 오히려 심사의 범위 및 기준은 수색요건을 규정하고 있는 법 규정을 통해 구체화될 수 있다.

또한 법관유보제도는 수사조치의 예방적 통제를 목표로 하고 있으며, 수색영장에는 법관이 침해조건을 독자적으로 자신의 책임 하에 검토하였다는 것이 명시되어 있어야 한다. 법원의 수색영장은 수사기관에 의해 행해지는 침해조치를 측정 및 제어를 가능하도록 만든다. 이러한 의미에서 연방헌법재판소는 법관의 개입이 단순한 형식에 의해 이루어져서는 안 될 것을 분명히 하고 있다.[263]

---

260) Maryland v. Garrison, 480 U. S. 79 (1987).
261) Marron v. United States, 275 U.S. 192, 196 (1927).
262) Massachusetts v. Sheppard, 468 U.S. 981, 990-991 (1984); 이성기, "미국의 체포·수색·압수제도의 이해 - 위법수집증거배제법칙과 명확성 원칙의 관점에서 -", 『경찰학연구』, 제11권 제1호, 경찰대학 경찰학연구편집위원회, 2011, 43-44면.
263) BVerfGE 57, 346 (355)

특히 수색결정에 있어서 수색이 진행되는 동안 범죄혐의와 수색의 대상이 되는 증거가 설명되어야 한다. 이것은 동시에 수색의 당사자가 자신의 입장에서 수색을 통제하고 자신의 법적 가능성의 범위 내에서 처음부터 수색의 범위를 초과하는 수사기관의 집행에 대해 대응할 수 있도록 하기 위해서이다. 수색을 제한하기 위해 법관은 밝혀야 할 범행을 간략하지만 개별 사건의 상황에서 가능한 한 정확하게 기술하여야 한다. 범죄혐의의 내용이 사실상 포함되어 있지 않거나 구체적으로 수색한 증거의 내용을 명시하지 않는 수색영장은 그러한 명시가 지금까지의 조사결과에 따라 별다른 어려움 없이 또는 형사소추의 목적에 따라 해가 되지 않는 것으로 나타나는 경우 헌법상의 요건을 충족하지 않는다고 할 것이다.[264] 구체적으로 영장에는 수색의 범위, 한계 그리고 목적이 명시되어야 한다.[265] 그와 더불어 범죄혐의의 내용, 찾고자 하는 증거 그리고 수색할 장소가 언급되어야 한다. 범죄혐의에 대한 서술은 사실상의 판결 확정과 같이 완전할 필요는 없으나, 처벌의 대상이 되는 행위 즉, 구성요건의 본질적 요소를 충족하는 행위 또는 기타 상황에 대한 설명이어야 한다.[266] 의심의 근거가 되는 정황증거의 사실적시는 필수적인 것은 아니며, 이는 사법적 수색영장 허용을 제한하는데 필요하지 않은 경우에만 적용된다.[267]

원칙적으로 범행시간 역시 명시되어야 한다.[268] 발견한 증거물 또한 가능한 한 명확하게 기재되어야 한다.[269] 증거물의 정확한 기술이 가능하지 않은 경우에는 예상되는 증거를 최소한 대략적으로, 예시와 함께 상위 개념을 통해 적절히 설명하여야 한다.[270] 그러나 조사의 목적을 달성하기 어려운 경우에는 증거에 대한 포괄적 설명과 범죄혐의에 대한 상세한 설명이 요구되지 않는다.[271] 특히 형사소송법 제103조에

---

264) BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006. 2 BvR 1872/05
265) BVerfG NJW 2009, 2516; Gusy, Christoph, Grundgesetzliche Anforderungen an Durchsuch-ungsbeschlüsse iSd Art. 13 II GG, Neue zeitschrift für strafrecht 30.7, 2010, 353-362, S. 359
266) BVerfG NJW 2007, 1443
267) BVerfG Beschl. v. 5.3.2012, 2 BvR 1345/08
268) BVerfG Kammerbeschl. v. 19.6.2018. 2 BvR 1260/16; BVerfG Beschl. v. 24.5.2006, 2 BvR 1872/05
269) BVerfG NJW 2004, 1517; Beschl. v. 24.5.2006, 2 BvR 1872/05; v. 4.6.2006, 2 BvR 1117/06
270) BVerfGE 42, 212 (221); BVerfG NJW 1994, 2079; 2000, 601; NStZ 2002, 212; BGH NStZ 2002, 215
271) BGH NStZ 2000, 46

따른 기타의 자에 대한 수색의 경우 수색의 장소가 이미 명시되어 있어야 한다.[272] 이 경우에도 항상 비례성의 원칙이 검토되어야 하므로 자발적 제출을 통한 회피권한을 명시적으로 수색결정에 포함시킬 필요는 없다.[273]

형사소송법 제98조 제1항에 따르면 압수명령 역시 원칙적으로 법관에 의해서만 가능하다. 압수명령의 내용은 수색영장의 내용과 거의 동일하게 요구된다. 구체적으로 압수조치의 범위에 대한 의심이 없도록 압수대상이 특정되어야 하고 사실적, 법적 관점에서 범죄혐의 및 그에 대한 증거로서 압수대상이 필요할 것이라는 가정과 같은 상황이 설명되어야 하며, 압수목적과[274] 범행기간[275] 역시 구체적으로 명시되어야 한다. 발견한 문서 또는 물건을 압수한다는 일반적 영장은 특정성이 충분한 것으로 볼 수 없다.[276]

그러나 압수된 모든 문서에 대한 잠재적 증거중요성(potentielle Beweiserheblichkeit)에 대한 설명이 요구되는 것은 아니다.[277] 이러한 영장의 특정성 요건이 갖춰지지 않은 경우의 압수명령은 효력이 없다.[278] 원칙적으로 사법적 압수는 수색과 동시에 명령할 수 있으나 이는 일반적으로 부적절하다고 보고 있다. 이러한 방식으로 명령된 압수는 증거가 구체적으로 기재된 경우에만 유효하다.[279] 수색할 장소에 있는 물건의 압수를 위한 일반적 열거 또는 상위개념의 사용 또는 일반적 압수명령은 특정성을 갖추었다고 보기 어려우며, 이는 수색을 위한 규제범위(지침; Richtlinie)의 의미만을 가질 뿐이므로 효력을 가지는 압수명령으로 볼 수 없다.[280] 이러한 경우 발견된 증거의 압수를 위해서는 사법적 압수명령이 보충되거나, 수사의 목적을 위태롭게 하지 않고 제 시간에 명령을 받을 수 없는 경우에는 긴급을 요하는 경우를 근거로 검찰 또는 수사요원에 의해 사법적 명령이 확인되어야 한다.[281]

따라서 압수명령에 대한 이의제기(Beschwerde)는 제98조 제2항 제2문에 따른 신청

---

272) BVerfG NJW 2007, 1804
273) LG Hamburg 608 QS 26/19
274) BVerfG NStZ 2005, 203; BGH BeckRS 2016, 20891
275) BVerfG NJW 2017, 2016
276) BVerfG NJW 1992, 551
277) BVerfG BeckRS 2008,32564
278) BVerfG NStZ 1992, 91
279) KK-StPO/Greven, 8. Aufl. 2019, StPO §98 Rn. 2
280) BVerfG NStZ 2002, 172; 2005, 203; BeckRS 2006, 28144
281) BVerfG BeckRS 2009, 36277; OLG Koblenz NStZ 2007, 285; LG Bielefeld wistra 2008, 117

으로 해석되어야 한다.[282] 그러나 압수명령에 압수를 위한 대상의 일반적 열거 또는 상위개념의 사용에 있어 정확한 보관 장소, 사용목적 등과 같이 압수대상을 구체화하는 추가사항이 포함된 경우 특정성의 요건을 충족한다고 할 것이다.[283]

온라인 수색의 경우 형사소송법 제100e조 제3항 제1문에 따라 수색명령은 서면으로 이루어져야 한다. 또한 수색명령의 결정주문에는 제100e조 제3항 제2문에 명시되어 있는 사항이 포함되어야 한다. 특히 제100e조 제3항 제2문 6호에 따라 데이터가 수집되는 기술정보 시스템이 가능한 정확하게 기재되어야 한다. 실무에서는 수색조치의 종류와 범위에 따라 기본권침해의 정도를 예상할 수 있으므로 수색절차를 통해 수집되는 정보의 종류와 수색절차와 관련하여 당해 정보가 가지는 중요성(제100e조 제3항 제2문 3호)에 특별한 주의를 기울여야 한다.

그러므로 수사기관은 수사절차에서 사용하는 트로이 목마에 대한 정확한 지식을 필수적으로 갖추어야 한다. 제100e조 제4항 제1문에 따라 수색명령 또는 수색명령을 연장할 때에는 전제요건과 주요 고려사항을 명시하여야 하며, 특히 온라인 수색에 있어서는 혐의의 근거가 되는 특정 범죄사실(1호) 및 조치의 필요성과 비례성에 대한 주요 고려사항(2호)이 기재되어야 한다. 시간적 요건과 관련하여 합의부 또는 당해 합의부의 재판장의 명령은 제100e조 제2항 제4문에 따라 최대 1개월로 한정된다.[284]

라. 소결

첨단수사기법과 관련되어 일반영장 금지의 원칙 또는 특정성에 대한 논의가 중요하다. 정보통신기술의 발전으로 컴퓨터 저장기록과 데이터, 전자우편, 문자메시지 등과 같은 디지털증거는 법정에서 필수적으로 거의 빠짐없이 사용되고 있다. 행위자의 개인용 컴퓨터나 범죄관련 정보가 저장되어 있는 서버에 대한 압수·수색과 전자증거의 수집은 수사의 성패를 결정짓는 요소가 된다. 하지만, 전자정보에 대한 압수·수색영장을 발부받아 집행하는 과정에서 포괄적 압수·수색의 문제가 있으며 압수·수색 당사자의 정보자기결정권 보호에 대한 문제가 발생한다. 가령, “이 사건과 관계되는 물건

282) BGH NJW 2000, 84; NStZ 2000, 154
283) SK-StPO/Wohlers/Greco StPO §98 Rn. 19
284) Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, §4 Rn. 842

일체"방식의 영장기재는 더 이상 존재하지 않지만, '범죄 행위와 관련하여 작성보관 중인 수첩 등'처럼 수사기관에게 압수·수색의 대상 선별에 상당한 재량을 주는 압수·수색영장이 발부되고 있는 경우가 있다.

전자정보에 대한 압수·수색은 여러 가지 형태로 진행될 수 있는데, 주거지나 사무실의 컴퓨터 등에 저장된 정보를 압수·수색하는 경우, 제3자가 보관하고 있는 정보를 제3자의 사무실이나 서버 관리사무실를 압수·수색의 장소로 집행하는 경우, 범죄혐의자가 통신을 하면서 주고 받는 패킷을 정보통신서비스제공자의 도움을 받아 이를 분석하는 통신제한조치가 있다.

"전자정보에 대한 압수·수색영장을 집행할 때에는 원칙적으로 영장 발부의 사유인 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 하고, 집행현장 사정상 위와 같은 방식에 의한 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 부득이한 사정이 존재하더라도 저장매체 자체를 직접 혹은 하드카피나 이미징 등 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 해당 파일을 압수·수색할 수 있도록 영장에 기재되어 있다. 실제 그와 같은 사정이 발생한 때에 한하여 위 방법이 예외적으로 허용될 수 있다."[285] 이에 영장주의의 본질적 내용 중 일반영장금지의 원칙 또는 특정성 요구의 원칙에 따르면 "문서출력 또는 파일복사 대상 역시 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야"한다.

따라서 "범죄 혐의 관련성에 대한 구분 없이 저장된 전자정보 중 임의로 문서출력 혹은 파일복사를 하는 행위는 영장주의의 원칙에 반하는 집행방식"으로 볼 수 있다. 전자증거에 대하여 대법원 판례는 원칙적으로 구분하여 압수·수색이 이루어져 한다는 것을 말하며, 집행 불능 또는 현저히 곤란한 사정이 있는 경우에는 저장매체 자체를 수사기관으로 옮겨 열람·복사할 수 있다. 다만 이 경우에도 당사자의 참여권이 보장되어야 한다는 것을 강조하고 있다.

한편, 패킷감청 등의 새로운 수사기법이 일반영장금지원칙에 반한다는 견해가 있지만, 집행 과정에서 감청대상자 및 범위가 엄격하게 특정되지 못한다고 해서 패킷감청을 허용해서는 안 된다는 주장은 비현실적이라는 반론도 있다.[286] 아울러 정보저장매

285) 대법원 2011.5.26. 자 2009모1190 결정.
286) 민만기, "인터넷 패킷감청의 법적성격 및 허용 가능성 검토", 형사법의 신동향 통권 제53호, 대검찰청, 2016, 216-218, 236-237면; 정혜욱, "인터넷 회선 감청", 형사소송 이론과 실무 -

체 압수·수색의 경우 압수·수색의 대상을 특정하더라도 사실상 일반영장이 될 우려도 제기된다.

이처럼 일반영장금지의 원칙 또는 특정성요구의 원칙이 헌법상 명확히 표현되어 있는 것은 아니지만, 형사소송법 제106조 제1항이 압수·수색의 요건으로 '필요성' 이외에도 '범죄와의 관련성'을 추가하였으며, 동법 제215조는 수사기관의 압수·수색·검증에 대하여 '필요성', '범죄와의 관련성'이외에도 '범죄혐의를 의심할 만한 정황'까지 추가하고 있는 것을 본다면 일반영장금지의 원칙은 유체물에 대한 압수·수색뿐만 아니라 전자정보에 대한 압수·수색의 경우에도 적용되어야 할 영장주의의 본질적 내용이라고 볼 수 있다. 그러므로 전자정보의 특성상 범죄혐의와 무관한 정보까지 포괄적으로 압수·수색되는 등 수사기관의 강제처분의 남용이 있을 가능성이 크므로, 압수·수색의 대상을 명확히 특정하거나 당사자의 참여권을 보장하는 등의 방법을 통하여 영장주의가 관철되어야 할 것이다.

3. 사전영장제시의 원칙

가. 사전영장의 원칙

헌법 제12조 제3항 본문에 따르면 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다." 이처럼 헌법이 예정하고 있는 영장주의는 '사전영장의 원칙'이므로 영장이 없다면 원칙적으로 강제처분은 불가능하다고 볼 수 있다. '사후영장'은 "현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있는 경우"에 가능하다.

한편, 미국 수정헌법 제4조 전단에서는 불합리한 강제처분을 규정하고, 후단에서는 일반영장을 금지하고 있을 뿐이며, 해석상 사전영장(제시)의 원칙은 나오지 않는다.[287] 이러한 점에서 사전영장제시의 원칙은 영장주의의 기본적 내용에 해당하지 않는다고 보는 견해도 있다.[288] 사전영장원칙은 영장주의의 본질이라기보다는 강제

헌법재판소·한국형사소송법학회 공동학술대회 자료집, 2018, 128면.

287) 황정인, 앞의 논문, 207면.

288) 황정인, 앞의 논문, 208면.

처분 대상자의 기본권을 한층 실효적으로 보장하기 위한 영장제도상의 가중요건이라고 보는 견해도 있다.[289]

나. 예외적 사후영장 허용

헌법 제12조 제3항 단서에 따르면 "현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다." "사후영장에 의한 영장주의의 완화는 초동수사의 긴급성과 중한 범죄에 대한 효율적 범죄투쟁의 필요성 때문에 인정되고" 있는 것이다.[290]

(1) 사후영장청구와 영장주의의 예외와의 관계

사후영장청구가 영장주의의 내용에 해당하는지, 아니면 영장주의의 예외에 해당하는지에 대한 논의가 있을 수 있다. 만약 영장주의를 사전영장원칙으로만 이해를 한다면 사후영장은 영장주의의 예외에 해당하게 된다.[291] 하지만 영장주의를 사전·사후를 불문하고 영장이 있어야 한다는 것을 의미한다면 영장주의의 예외로 영장 없는 인신구속의 경우에도 인정할 수 있을 것이다.

(가) 영장주의를 사전영장으로 한정하는 견해

법관에 의한 영장주의는 사전영장을 원칙으로 한다는 견해가 있다.[292] 다만 헌법 제12조는 "현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도주 또는 증거인멸의 염려가 있는 때"에는 사후에 영장을 청구할 수 있도록 한 것은 영장주의의 예외를 헌법이 직접 예외를 인정하고 있다는 것이다. 이 견해에 따르면 현행 형사소송법의 긴급체포는 영장주의에 위반된다고 평가할 수 있는데, 왜냐하면 현행 형사소송법은 체포영장제도를 도입하면서 종전 긴급구속제도를 폐지하는 대신에 긴급체포제도를 도입하였기 때문이다. 형사소송법 제200조의3에 따르면 "검사 또는 사법경찰관

---

289) 김종현, 영장주의의 헌법적 연구, 21면.
290) 신동운, 『신형사소송법』 제5판, 229면.
291) 이러한 논의를 확산하여 전개하면 형사소송법이 규정하고 있는 영장 없는 체포·구속의 경우에는 영장주의에 위반되는 위헌적 규정이 된다. 현행범인체포와 긴급체포의 경우에도 마찬가지 논의가 가능하다.
292) 이석연, "헌법재판과 형사소송", 헌법논총 9집, 1998, 107면-150면 참조.

은 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고," 일정한 사유가 있는 경우에 "긴급을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장 없이 피의자를 체포할 수 있다."고 규정하고 있다.

그런데 형사소송법 제200조의4에 따르면 긴급체포 후 긴급체포에 대한 사후영장을 청구하는 것이 아니라 '피의자를 구속하고자 할 때에' 피의자를 긴급체포를 한 후에 48시간 이내에 '구속영장'을 청구하도록 규정하고 있다. 이는 곧 사후영장을 요구하는 것이 아니라 구속영장의 청구를 함으로써 법관에 의한 통제를 받도록 하고 있는 것이다. 이 견해에 따르면 긴급체포 이후 석방하든지 아니면 구속영장을 청구하든지를 불문하고 사후에 영장을 청구하여야 한다. 긴급체포 이후 이에 대한 영장을 받지 않도록 한 것은 위헌의 소지가 있기 때문이다. 이에 대하여 사후영장이 필요 없다고 한다면 수사기관은 48시간 동안 조사하다가 구속할 필요가 없으면 석방하면 된다는 식의 사고를 하게 될 수 있으며, 이는 기본권에 대한 심각한 침해가 될 수 있는 여지가 있다.[293] 아울러 구속영장청구시한이 48시간 동안에는 어떠한 법원의 통제 없이 자유롭게 영장 없는 체포가 인정된다는 문제점이 있다.[294] 이처럼 긴급체포의 경우 사후영장을 도입해야 한다는 견해의 중요한 논거는 헌법 제12조 제3항의 영장주의 위반이라는 것이다.

(나) 영장주의를 사전·사후영장으로 보는 견해

영장주의는 사전영장뿐만 아니라 사후영장도 그 범위 안에 들어온다고 보는 견해이다. 하지만 영장주의의 본질과 관련하여 사전영장과 사후영장이 모두 포함된다고 직접적으로 논증하는 문헌은 없다. 다만 긴급체포 후 사후영장이 필요한가에 대한 논의를 전개하는 과정에서 사후영장이 필요하지 않다는 일부 견해의 논리적 주장의 근거에는 영장주의는 사전·사후 영장으로 이해하고, 영장주의의 예외는 영장 없는 강제처분이 가능하다는 것을 전제로 하고 있는 것이다. 긴급체포 이후 사후체포영장과 구속

---

293) 김상호, "체포제도의 문제점과 개선방안", 저스티스, 한국법학원, 제89호, 2006, 111면; 하태인, "수사기관의 무영장체포와 영장주의의 실질적 의미", 법학논문집 제35집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 130면 참조.

294) 하태인, 앞의 논문, 130면.

영장이라는 2단계 절차를 48시간 내에 거치도록 한 것은 절차적 부담만 가중시키는 것이라는 것도 근거로 제시하고 있다.

(다) 헌법재판소의 견해

헌법재판소는 현행범인체포에 대한 형사소송법 제212조 등 위헌확인 결정에서[295] 현행범인체포조항에서 현행범인은 '영장 없이' 체포할 수 있도록 규정하고 있는데, 현행범인체포에 대하여 헌법에서 직접 사전영장원칙의 예외를 인정하고 있기 때문에 형사소송법의 현행범인체포에 대한 형사소송법 제212조는 헌법상 영장주의에 반하지 않는다고 판단한 것이다. 이처럼 헌법재판소의 견해에 따르면 "헌법에서는 사전영장원칙의 예외를 인정하고 있을 뿐이고 사후영장의 청구방식에 대해서는 특별한 규정을 두고 있지 않았다"는 것을 이유로 제시하고 있다. 형사소송법이 사후체포 영장제도를 규정하고 있지 않지만 이는 헌법상 영장주의에 위반되지 않는다고 본 것이다.

수사기관이 현행범 체포를 하기 위해 영장 없이 피의자를 체포하였지만, 구속영장을 청구하지 않고 풀어주는 경우에는 체포 자체의 적법성과 48시간이지만 단기간의 구금에 대한 정당성에 대하여 법관의 통제가 없다는 점에서 위헌의 여지가 있다. 하지만 헌법재판소는 "현행범인인 피의자를 체포하여 조사한 결과 구금을 계속할 필요가 없다고 판단하여 48시간 이내에 석방하는 경우까지도 반드시 체포영장발부절차를 밟게 한다면, 이는 실무상 피의자, 수사기관 및 법원 모두에게 시간과 노력의 비경제적인 소모를 초래할 가능성이 있다."[296]

그리고, "미국을 비롯하여 영국과 독일, 일본 등의 법제에도 현행범에 대한 사후체포영장제도는 없다."는 입장을 고수하고 있다. 또한 체포과정에서 수사기관의 주관적 판단이 개입할 여지가 적다는 점을 이유로 들어 법관에 의한 사후 통제에 대한 필요성이 적다고 한다. 이는 "현행범인 체포의 특수성, 현행범인 체포에 따른 구금의 성격, 형사절차에 불가피하게 소요되는 시간 및 수사현실" 또한 고려한 것으로 보인다. 문제는 긴급체포의 경우에도 동일한 문제점이 발생할 수 있지만, 이에 대한 헌법재판소의 결정은 아직 존재하지 않는다. 같은 판례에서도 명시하고 있듯이 "긴급체포의 경우에는 피의자를 구속하고자 할 때에는 "지체없이" 사후 구속영장을 청구하도록 하면서

295) 헌법재판소 2012.5.31. 2010헌마672.
296) 헌법재판소 2012.5.31. 2010헌마672.

그 청구기간을 “48시간 이내”로 제한하고 있다”는 점에서 동일한 결론이 나올 가능성이 높다고 판단된다.[297]

(라) 소결

영장주의에 대하여 사전영장발부를 원칙으로 보고, 사후영장을 발부받는 경우는 ‘영장주의의 예외’라고 볼 것인지가 문제된다. 아니면 영장주의는 사전영장뿐만 아니라 사후영장도 영장주의에 따른 것이라고 볼 수 있으며, 예외적으로 사후영장 조차 없는 강제처분이 허용될 수 있는지에 관한 논의가 있다. 만약 영장주의를 엄격하게 사전영장의 원칙을 말하고 사후영장을 영장주의의 예외라고 본다면 현행 형사소송법에 따르면 영장 없는 압수·수색의 경우는 위헌적인 것이라고 볼 수도 있다. 이에 대한 학자들의 견해는 분명하지 않기 때문에 이에 대한 보다 심층적인 분석이 필요하다. 마찬가지로 헌법재판소 역시 형사소송법 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2[298]에 대한 부분과 관련하여 위헌성이 다투어진 최근 결정[299]에서 ‘영장주의의 예외’, ‘사전영장주의에 대한 예외’라는 표현을 모두 사용하고 있어서 헌법재판소의 입장도 분명하지 않다.[300]

생각건대, 영장주의의 본질이 ‘강제처분에 대한 사법적 통제’라고 이해를 한다면 사후영장은 강제처분의 적법 및 계속 여부를 법관이 사후적으로 통제할 수 있는 것이므로 이는 영장주의의 시간적 완화 또는 ‘사전’영장주의의 예외로 볼 수 있지만 영장주의의 예외로 볼 수는 없다.[301] 그렇기 때문에 영장주의는 사전영장주의만을 의미하는 것이 아니라 사후영장주의도 영장주의의 내용으로 이해하는 것이 타당하다.

또한 헌법 제12조 제3항은 “사후에 영장을 청구할 수 있다”는 것을 명시하고 있으며, 사후 영장의 형식이 사후체포영장인지 아니면 구속영장인지를 명시하고 있지 않다. 결국 문리적·형식적 논리에 따르면 긴급체포 후 체포영장이 아닌 구속영장을 청구하는 것을 위헌이라고 보기는 어렵다. 하지만 피의자가 구금되어 있는 48시간 동안

297) 헌법재판소 2012.5.31. 2010헌마672.
298) http://lawreview.co.kr/archives/26935 (최종검색 2020.11.02.)
299) 헌법재판소 공보 제259호(2018.04).
300) 헌법재판소 2018.4.26. 2015헌바370 등, 판례집 30-1상, 563, 572-573.
301) 김종현, 앞의 논문, 22면; 문성도, “영장주의의 비교법적 고찰 -한국 헌법 제12조 제3항과 미연방헌법 수정 제4조의 규범적 특징을 중심으로-”, 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005, 181면.

법관에 의한 사법적 통제가 없다는 점, 즉 현행범인체포와 긴급체포와 같은 인신구금을 함에 있어서 구금의 적법뿐만 아니라 구금의 계속 여부에 대한 법관의 판단이 존재하지 않는 것은 다소 문제의 소지가 있다.

이에 대하여 48시간 후 구속영장을 청구하므로 영장주의에 반드시 위배된다고 볼 수 없다는 견해가 있을 수 있다. 하지만 체포된 때로부터 48시간 이후에 청구되는 구속영장은 향후 구속여부에 대한 법관의 판단이지, 이전의 현행범인체포나 긴급체포의 적법성이나 구금의 계속에 대한 법원의 판단은 아니라는 점이다. 영장주의의 본질을 '강제처분의 허용 및 계속 여부에 대하여 법관에 의한 사후적 통제'를 의미한다면 긴급체포와 현행 범인체포 자체에 대한 법관의 통제가 이루어지지 않는다는 것은 역시 문제의 여지가 있다.

(2) 현행범인체포와 긴급체포의 경우

(가) 현행범인체포와 긴급체포 상의 무영장체포

형사소송법 제200조의3에 의하면 "검사 또는 사법경찰관은 긴급을 요하여 체포영장을 받을 시간적 여유가 없을 때에 체포하는 경우에는 영장 없이 피의자를 체포할 수 있다"고 규정하고 있다. 이에 따라 체포된 피의자에 대해서는 제200조의4 제1항에 따라 "피의자를 체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 구속영장을 청구하여야 한다."고 규정하고 있으므로, 긴급체포 후 사후체포영장을 청구할 필요가 없다. 따라서 체포한 때부터 48시간 이내에 사후체포영장이 아닌 구속영장을 청구하여야 하며, 만약 구속영장을 청구하지 아니할 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.

현행범인체포의 경우에도 동일하다. 형사소송법 제213조의2에 따르면 검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포하는 경우에도 제200조의2 제5항을 준용하고 있기 때문에 현행범인을 계속 구금하고자 하는 경우에는 구속영장을 청구하여야 한다. 또한, 검사 또는 사법경찰관과 같은 법집행기관이 피의자를 긴급체포한 때에는 '긴급체포서'를 작성하는데, '긴급체포서'에는 범죄사실 요지와, 긴급체포 사유 등을 기재하게 된다.[302] 하지만, 사법경찰관이 피의자를 긴급체포한 때에는 그 즉시 검사의 승인을 받아야 하지만,[303] 검사가 긴급체포를 한 경우에는 법원의 승인을 받아야 한다는

302) 형사소송법 제200조의3 제3항, 제4항 참조.

규정은 존재하지 않는다. 단지 구속영장을 청구하지 않고서 피의자를 석방하는 때에는 형사소송법 제200조의4 제4항에 따라 "긴급체포의 이유, 석방 사유 등을 법원에 통지"하도록 하는 것 이외에는 별도의 법관에 의한 통제를 설정하지 않고 있다.

(나) 헌법의 현행범인체포와 긴급체포

헌법 제12조 제3항 단서에 따르면 "다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다."고 규정하고 있어, 헌법은 현행범인체포와 긴급체포의 경우 '사후영장청구'를 언급하고 있다. 하지만 헌법에서 말하는 '사후영장의 청구'에 대하여 논란의 여지가 있다. 사후 '영장'의 구체적 의미가 무엇인지, 영장의 형식이 무엇인지 불분명하기 때문이다. 헌법이 말하는 영장은 이미 현행범인으로 체포된 피의자 또는 긴급체포 된 피의자에 대한 '법관에 의한 사후승인'으로서 사후체포영장을 의미하는 것인지, 아니면 체포 이후 계속 구금의 필요성이 인정되어 계속 구금으로서의 구속영장을 의미하는 것인지가 불분명하기 때문이다.

이에 대하여 현행 형사소송법이 사후영장에 대하여 규정하고 있지 않은 것에 대하여 헌법재판소는 "사후체포 영장제도를 규정하지 않았다고 하여 헌법상 영장주의에 위반된다고 볼 수 없다"고 하였다. 2012헌마182 결정에서도 "영장의 종류 또는 청구방식에 대하여는 특별한 규정을 두고 있지 않으므로 헌법규정으로부터 사후 체포영장을 반드시 청구하여야 한다는 명시적인 입법위임을 도출해낼 수 없다."고 하였다.

또한 2010헌마672 결정에서는 "현행범인 체포의 특수성, 현행범인 체포에 따른 구금의 성격, 형사절차에 불가피하게 소요되는 시간 및 수사현실 등을 종합적으로 고려하면" 입법재량을 일탈한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.[304] 그리고 현행범인을 체포할 경우에 수사기관의 주관적인 판단이 개입할 여지가 적기 때문에 체포의 부당성과 관련해서는 법원의 사후 통제에 대한 필요성이 크지 않다는 것도 그 근거로 제시하고 있다.

---

303) 형사소송법 제200조의3 제2항 참조.
304) 헌법재판소 2012.5.31. 2010헌마672 결정.

(다) 무영장체포와 사후영장의 문제점

긴급체포가 이루어지는 시점과 그 이후 48시간에 있어서는 오로지 수사기관의 독자적인 판단에 따라 사실상 아무런 사법적 통제를 받고 있지 않다는 점에서 문제가 있다. 수사기관이 현행범인을 체포하거나 긴급체포로 영장 없이 피의자를 체포하였다가 구속영장을 청구하지 않고 그대로 석방해 버린 경우 영장주의를 회피할 수 있는 방법이 있기 때문이다. 특히 긴급체포의 경우 대부분의 범죄들이 장기 3년 이상의 법정형을 가지고 있고, 긴급체포 후 48시간 수사기관의 체포행위에 대한 적법성과 계속성을 심사할 수 있는 방법이 없기 때문에 현행 형사소송법의 긴급체포제도는 위헌적 성격을 가지고 있어 논란의 여지가 있다.

수사기관이 피의자를 긴급체포 한 경우 이에 대한 사후영장이 불필요하다는 주장[305]의 경우, 긴급체포를 함에 있어서 긴급성에 대한 판단은 실무적이며, 현장이 아닌 사무실에서 긴급성에 대한 사후 심사를 한다는 것은 어렵다고 주장한다. 그리고, 사법경찰관이 긴급체포한 경우 검사가 이를 승인하기 위해 심사하는 것이 어렵다는 점을 생각한다면 법원도 마찬가지로 심사하기 어려울 것이라는 근거를 제시하기도 한다.

실무상 현실을 고려한다면 사후체포영장도 서면심사로 이루어질 경우 적절한 통제장치가 될 수 있는지 의문이라는 견해도 존재하는데, 이 견해의 경우, 헌법의 사후영장 청구를 해석함에 있어서 이는 “계속 구금의 필요가 있는 경우”에 한정되는 것이지 계속 구금의 필요성이 인정되지 않아 수사기관이 피의자를 이미 석방한 경우까지 사후영장을 청구해야 된다고 해석할 이유가 없다는 것과 같은 맥락이다.[306] 또한 긴급체포 후 계속 구금을 하기 위해서는 구속영장을 청구하는 것으로 충분하다는 입장도 사후영장이 필요 없다는 주장과 그 맥락을 같이 한다. 이 견해는 헌법 제12조 제3항의 “사후에 영장을 청구할 수 있다”의 의미는 재량적 행위를 규정한 것으로 보아야 하며, “청구해야 한다”는 의미의 기속적 행위를 규정한 것이 아니라고 한다.[307]

생각건대, 강제처분 후 법관의 영장을 필요로 하는 사후영장주의 자체는 영장주의에 합치된다. 영장주의의 본질을 강제처분에 대한 법관의 통제라고 이해를 한다면

305) 이완규, “수사기관의 긴급처분과 영장주의-긴급체포제도를 중심으로-”, 형사법과 헌법이념, 박영사, 2007, 44면.
306) 이완규,『형사소송법특강 -이념과 현실의 균형을 위한 모색-』, 법문사, 2006, 183면-185면.
307) 안성수,『형사소송법』, 2009, 121면.

더욱 그러하다. 때문에 이러한 논의는 수사기관이 강제처분을 한 것 자체에 대한 법관의 통제로서 사후영장을 요구한다는 점에서 합헌적이라고 볼 수 있다. 하지만 긴급체포한 이후에 긴급체포 자체에 대한 법관의 심사 없이 48시간 동안 구금이 이루어졌다는 것에 대해서는 영장주의를 위반했다고 볼 수도 있다. 왜냐하면 강제처분에 대한 법관유보로서 영장주의를 고려한다면 수사기관이 피의자에 대해서 행한 강제처분의 적법성과 계속성에 대한 판단을 전혀 하지 않는다는 점은 이해하기 어렵기 때문이다.

실무적인 관점에서 사후 절차가 번잡하다는 이유만으로 영장주의에 대한 헌법적 기본적 취지와 그 가치를 무시하는 것은 정당하지 않다고 본다. 따라서 긴급체포 자체에 대한 사후적 사법적 통제가 없다는 점, 긴급체포 후 48시간 동안에는 사실상 무영장주의를 인정한 것으로 볼 수 있는 점, 48시간이 지난 후에 구속영장조차 청구하지 않은 경우에 이를 통제할 수 있는 방법이 없다는 점, 더구나 긴급체포한 후 영장 없이 압수ㆍ수색이 가능하다는 점을 고려한다면 탈법적인 긴급체포제도가 운영될 소지가 다분하다고 보여진다.

특히, 헌법재판소가 사후영장에 대하여 “실무상 피의자, 수사기관 및 법원 모두에게 시간과 노력의 비경제적인 소모를 초래할 가능성”을 가지고 이를 인정하지 않은 것은 더욱 더 큰 문제라고 보여진다. 헌법의 영장주의와 긴급체포의 남용에 대한 사법적 통제라는 중대한 공익을 포기하고 업무 부담이라는 경제적 이유를 중시하는 것은 적절하지 않기 때문이다. 적어도 현행범인체포에 있어서는 “수사기관의 주관적 판단이 개입할 여지가 적다”고 하더라도 긴급피난의 경우에는 오히려 주관적 판단이 개입할 여지가 많기 때문에 달리 볼 필요가 있다. 이 때문에 사후체포영장 또는 법관의 승인과 같은 사법적 통제를 요구하지 않는 현행 형사소송법의 긴급체포제도는 헌법의 영장주의에 반할 우려가 있기 때문에 재고되어야 할 필요가 있다.

다. 영장제시의 원칙

(1) 원본 제시

수사기관이 강제처분을 하는 경우에는 법관이 발부한 영장을 ‘반드시’ 제시하여야

한다. 헌법 제12조 제3항에서 "법관이 발부한 영장을 제시하여야" 한다고 분명히 밝히고 있으며, 형사소송법 제85조에 따르면 "구속영장을 집행함에는 피고인에게 반드시 이를 제시하여야 하며," 제118조에 따르면 "압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다."고 규정하고 있으므로 피압수자가 여러 명일 경우 모두에게 개별적으로 영장을 제시하는 것이 원칙이다.

일제강점기의 의용형사소송법은 피처분자의 청구가 있는 때에 영장을 제시하도록 되어 있던 것과 달리 제정 형사소송법은 피처분자의 청구 여부와 상관없이 영장의 제시를 의무화하였다.[308] 그러므로 영장을 집행하는 과정에서 '영장제시'라는 집행형식을 요구함으로 수사기관이 행하는 강제처분의 적법성을 대상자에게 가시적이고 명시적으로 분명하게 납득시킴과 동시에 수사기관이 강제처분을 남용하는 것을 심리적으로 견제하는 이중의 효과가 있다.[309] 다시 말해서, 영장발부에 대한 사전적 통제뿐만 아니라 영장의 집행과정에서도 압수·수색절차의 엄격성이 요구되는 것이다. 그 결과, 수사기관의 남용으로 인한 기본권 침해를 방지하기 위한 것으로 적정절차의 원칙에 따라 사법적 통제가 유지된다.

하지만 이러한 영장제시 규정은 영장제시가 현실적으로 가능한 상황을 전제로 한 규정이다. 그러므로 "피처분자가 현장에 없거나 현장에서 그를 발견할 수 없는 경우"와 같이 영장의 제시가 현실적으로 불가능한 경우, 영장을 제시하지 않고 압수·수색을 한 경우라도 이를 위법한 압수·수색으로 볼 수 없다.[310] 대법원 판례에 따르면 "영장제시의 원칙은 영장제시가 현실적으로 가능한 상황을 전제로 하는 것이므로, 피처분자가 현장에 없거나 현장에서 그를 발견할 수 없는 경우"와 같이 영장제시가 현실적으로 불가능한 경우에는 영장제시 없이 압수·수색을 할 수 있다.[311] 그러나 체포영장의 제시나 고지 등은 체포를 위한 실력행사에 들어가기 이전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이나, 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 하거나, 그것이 여의치 않은 경우에라도 일단 붙들거나 제압한 후에 지체 없이 행하여야 한다.[312]고 하여 영장제시에

308) 김혁, "제3자 보관 정보에 대한 압수·수색 영장의 집행과 적정절차", 형사정책연구 제29권 제1호(통권 제113호), 2018, 87면.
309) 신동운, 신형사소송법, 230면.
310) 대법원 2015.1.22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결.
311) 대법원 2015.1.22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결.

대해서는 실무상의 관점에서 비교적 탄력적으로 그 예외를 인정하고 있다.

또한 체포영장을 집행할 때에는 사전에 체포영장을 피의자에게 제시하여야 한다.[313] 이때 제시하는 체포영장은 정본이어야 한다. 정본의 제시 없이 영장표지의 사본을 제시하는 것은 적법하지 않다.[314] 다만 영장을 소지하지 아니한 경우, 급속을 요하는 때에는 피의자에 대하여 피의사실의 요지와 영장이 발부되었음을 말하고 집행할 수 있다. 집행을 완료한 후에는 신속히 체포영장을 제시하여야 한다.[315]

(2) 사본제시와 FAX에 의한 제시

제시되어야 할 영장은 '정본'이어야 하며, 사본의 제시는 허용되지 않지만, 영장을 FAX 방식으로 송신하는 것을 허용할 수 있는지에 대하여 논의가 있어 왔다. 이와 관련하여 대법원 판례는 이를 부정하는 입장이다. "수사기관이 회사에서 압수·수색영장을 집행하면서 회사에 팩스로 영장 사본을 송신하기만 하고 영장 원본을 제시하거나 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 피압수·수색 당사자에게 교부하지도 않은 채 피고인의 이메일을 압수한 후 이를 증거로 제출한 사안에서 위와 같은 방법으로 압수된 이메일은 증거능력이 없다."고 판단하였다.[316] 또한 이메일의 경우 헌법과 형사소송법이 정한 절차를 위배한 것으로 위법수집증거에 해당한다고 판단하였다.

Fax에 의한 영장제시를 위법한 것으로 보고 있는 대법원 판례에 대하여 비판적인 견해도 있다. 실무상 제3자가 보관 중인 정보에 대한 압수와 수색의 경우 주로 팩스영장의 형태로 집행이 되었다.[317] 수사기관이 정보보관자에게 압수·수색영장 및 담당수사관의 신분증 사본, 회신 받을 이메일 또는 팩스번호가 기재된 서면을 팩스로 전송하면, 정보보관자는 압수·수색영장에 기재된 정보에 관한 자료를 직접 확인한 후 해당 정보가 담긴 파일 또는 서면을 수사기관에게 이메일이나 팩스로 송부하는 방식이다.[318] 정보보관자가 직접 해당 정보를 선별하여 스스로 압수·수색을 집행하는 것과 같기 때문에 압수목록을 피압수자에게 별도로 교부하지 않는다. 이와 같이 실무에서

312) 대법원 2008.2.14. 선고 2007도10006 판결.
313) 형사소송법 제200조의6, 제85조 제1항 참조.
314) 대법원 1997.1.24. 선고 96다40547 판결.
315) 형사소송법 제200조의6, 제85조 제3항, 제4항 참조.
316) 대법원 2017.9.7. 선고 2015도10648 판결.
317) 김혁, 앞의 논문, 82면.
318) 김혁, 앞의 논문, 83면.

팩스영장을 활용하는 이유에 대하여 '수사의 효율성'을 들고 있다. 금융계좌 압수·수색에 있어서 전국의 금융기관을 동시에 영장집행 하는 경우 과도한 인력과 시간이 요구된다는 점, 전문성이 낮은 수사관이 해당 기관을 방문하더라도 기관의 협조가 없다면 압수·수색의 대상이 될 정보를 정확히 파악하기는 어려우며, 피처분기관의 입장에서도 업무지연으로 인한 손실을 방지할 수 있다는 점에서 수사의 효율성을 기할 수 없다.[319]는 점이다.

이러한 이유로 대법원 판례에 대한 비판으로 해당 법률을 너무 지나치게 엄격하게 해석하여 이에 대한 배경 및 취지를 간과하였다는 점, 영장 사본을 제시하는 것도 절차적 보장, 사생활과 재산권에 대한 최소 침해, 피압수자의 불복신청 기회에 대한 실질적 보장이 영장제시의 입법취지에 부합한다는 점, 원본증거가 재판의 기초가 되어야 한다는 원칙이 절대적 원칙이 아니며, 증거조작의 위험이 낮으며, 피압수자의 재산권 침해를 최소화해야 한다는 점, 비교법적으로[320] 영장의 원본을 반드시 제시하여야 하는 입법례가 드물다는 점에서 FAX에 의한 영장제시도 가능하다고 보아야 한다는 견해[321]도 있다. 나아가 "영장 제시제도의 취지 및 도입 배경, 외국의 집행례 등을 도외시한 채 법문에도 없는 영장의 원본 제시를 요구함으로써 정작 정보주체의 기본권 보장에는 별다른 도움을 주지 못한 채 실무의 부담만을 가중시켰다"는 의견 등이 제시되고 있다.[322]

미국의 경우, 영장 요청 프로세스의 필수적인 안전장치를 유지하면서 절차를 신속하게 처리하는 방법론적 혁신을 구현했는데,[323] 1977년 의회는 행정적인 영장 획득의 어려움이 그들의 불용에 기여한다는 것을 인식하여, 치안판사가 전화로 수색영장을 허가할 수 있도록 연방 형사 절차 규칙(41)을 개정하였다.[324] 규칙 41(c)(2)는 상황에 따라 서면 진술서가 필요 없는 경우 전화 또는 팩스 전송을 포함한 기타 적절한 수단으로 의사소통 한 증언에 근거하여 치안판사에게 영장을 발부할 수 있도록 허용한 것이다.[325]

---

319) 김혁, 앞의 논문, 83면-85면.
320) 미국와 영국의 사례에 대해서는 김혁, 앞의 논문, 90면-92면 참조.
321) 김혁, 앞의 논문, 102면.
322) 김혁, 앞의 논문, 102면.
323) See Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)advisory committee's note.
324) See supra text accompanying note 19.

일반적으로 전화영장을 요청하는 경찰관은 치안판사 앞에서 보통 준법자가 제공하게 될 정보를 담은 '중복 영장'을 작성해야 한다.[326] 구두증언을 토대로 영장발부요청을 합리화하는 시간과 장소의 상황을 기술하고,[327]선서를 한 후에,[328] 경찰관은 기록장치나 속기록을 사용하여 대화를 문서화할 연방 치안 판사에게 원본 영장 원본의 사본을 그대로 읽어 줘야 한다.[329] 만약 치안판사가 수색의 정당성을 입증하기 위하여 가능한 사유가 있다고 판단되면, 치안판사는 청구인에게 중복영장에 서명하도록 시지하고, 치안판사는 원본에 서명하고 날짜를 기입한다.[330] 그리고 나서 이 서류들의 사본은 법원에 제출된다.[331]

따라서 연방법에 따라 치안판사는 신고자에게 선서하도록 하고, '음성녹음 장치'를 이용해 절차를 문서화하고, 영장이 집행된 정확한 시간을 기록하게 한다.[332] 전화로 청구가 이루어지면 담당자는 사본 영장을 준비하고, 허가를 받은 후 해당 서류에 치안판사의 이름에 서명해야 한다.[333] 치안판사는 팩시밀리가 있는 경우 압수·수색영장을 신청인에게 직접 송부할 수 있음으로 사본 영장의 준비를 불필요하게 만든다.[334]

한편, 알래스카의 형사소송법은 연방정부와 밀접한 관련이 있으며 "전화나 다른 수단으로" 전달된 증언에 따라 수색영장 발급을 규정하고 있다.[335] 법령에 따르면 치안판사 앞에 직접 출석할 때 증거 인멸이나 분실 등을 초래할 수 있는 지연이 발생하면 현장 임원은 전화로 구두 증언을 하거나 팩스로 서약서를 송달할 수 있다.[336]

전자 수색 영장 절차가 연방 시스템보다 앞선 두 개의 주 중 하나인 애리조나주에는 알래스카 조항과 유사한 조항이 있다. 애리조나 개정법률 13-3915(d)조는 치안 판사

---

325) Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)
326) Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)(B)
327) Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)(A) ("If the circumstances make it reasonable to dispense, in whole or in part, with a written affidavit, a [f]ederal magistrate judge may issue a warrant based upon sworn testimony communicated by telephone or other appropriate means.")
328) Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)(D)
329) Id.
330) Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)(C)
331) Fed. R. Crim. P. 41(c)(2)(D)
332) § 12.35.015(b),(d)
333) § 12.35.015(c)-(d)
334) § 12.35.015(g)
335) Alaska Stat. § 12.35.015(Michie2000)
336) § 12.35.015(a)(1)-(2)

가 실제로 참석하지 않는 경우, 영장 신청자로부터 담당자가 작성한 사본 영장에 치안 판사의 서명을 하도록 구두로 허가할 수 있음을 명시하고 있다.[337] 그런 다음, 치안판사는 자신이 소유하고 있는 "원본" 영장에 정확한 집행 날짜와 시간을 기재해야 한다.[338] 흥미롭게도, 어떤 특정한 조항도 신청 과정을 전화나 팩시밀리로 제한하지 않는다.

전자 영장 절차의 또 다른 얼리 어답터(남보다 빨리 활용하는 것을 의미함)인 캘리포니아는 경찰이 수색 영장을 신청할 수 있는 가장 진보적인 주였다. 알래스카나 애리조나처럼 캘리포니아는 치안판사가 전화로 경찰관의 선서를 받아 구두로 진술하는 것을 허용한다.[339] 또한, 대부분 경찰 순찰차에 개인용 컴퓨터를[340] 장착하고 있어서, 신청 담당관은 팩시밀리 전송을 통해 자신의 서명이 된 제안서를 치안 판사에게 보낼 수 있다.[341] 만약 치안판사가 적합한 사유가 있다고 판단되면, 그는 법원에 보관된 사본에 정확한 집행 일자와 시간을 기재하고 영장을 기각하고 서명하여 팩시밀리로 경찰관에게 돌려보낼 수 있다.[342] 치안판사가 송신을 할 수 없는 경우, 경찰관이 준비된 "사본" 영장에 서명할 수 있도록 허가할 수 있다.[343] 1998년 캘리포니아는 전자우편을 허용 가능한 방법으로 포함하도록 전화 수색 영장 법령을 개정하였다.[344] 경찰관의 선서는 여전히 전화상으로 받을 수 있고, “영장 신청서와 모든 증빙 서류는 전자우편을 통해 전송될 수 있다".[345] 여기서 디지털 서명이란 서명은 신청서의 신뢰성을 보장하기 위해 담당자가 추가로 요구하는 것이다.[346] 새로운 규정에 따르면, 영장 발부를 결정한 치안 판사는 신청인에게 팩시밀리와 전자우편을 통해 영장을 재청구할 수 있다고 한다.[347]

콜로라도는 캘리포니아보다 개정된 법령에서 볼 때, 전자 영장에 더 보수적인 접근

---

337) Ariz. Rev. Stat. § 13-3915(d)(2001)
338) § 13-3915(d)
339) Cal. Penal Code § 817(c)(Deering2001)
340) See Kuzmich, supra note 19, at 592 n.17
341) § 817(c)(2)(A)
342) § 817(c)(1)(2)(A)-(D)
343) § 1528(b)
344) § 817amendments
345) § 817(c)(2)(A)-(D);Kuzmich,supranote19,at593-94
346) § 817(c)(2)(A)
347) § 817(c)(2)(D)

을 한다. 이 조항은 수색 영장의 신청과 발급 모두에 적용되지만, 유일한 대체 제출 방식은 팩시밀리에 의한 것이다. 특히, 이 규칙은 “영장, 서명한 진술서 및 동봉된 서류는 전자 팩스 송신에 의해 재판장에게 송부될 수 있으며, 재판관은 송부된 서류에 대해, 마치 원본인 것처럼 행동할 수 있다”고 명시하고 있다.[348] 또한, 신청자에게 전화로 행하는 선서를 통해 영장 진술서를 확인할 수 있다.

아이다호는 콜로라도와 마찬가지로 전자 수색 영장에 더 엄격하게 접근한다. 아이다호 형사소송규칙 41(c)은 신청인-경찰관이 지방법원 판사나 치안판사 앞에서 서약서를 제출할 것을 요구하고 있다.[349] 그러나 제3항은 발행 사법관이 영장을 제공하는 경찰관에게 "통신 절차 또는 팩시밀리"에 의해 압수·수색영장의 사본을 발송할 수 있도록 허용한다.[350] 따라서 아이다호 규칙은 전화와 팩시밀리 절차 모두를 허용하지만, 제한된 수색 영장 발부 과정 및 전자적으로 허가를 신청할 수 있는 현장 담당자의 능력을 제한하고 있는데, 이는 모든 전자 우편 절차의 주요 이점이라 말할 수 있다.

일리노이주 형사소송법은 수색 영장을 '팩시밀리 전송기를 사용해 전기적으로 또는 전자적으로 발급할 수 있다'고 규정하고 "수색 영장은 서면 수색과 동일한 유효성을 가져야 한다"고 강조한다.[351] 그리고 "선서 또는 확언 하에 있는 모든 사람의 고소장을 서면으로 제출하라"는 조항도 명시하고 있다.[352] 선서한 전화 진술이 기록될 여지를 남기는 것처럼 보이지만, 일리노이 제3조에 대한 항소심 판결에 따르면 이 법률은 “전화를 이용한 장거리 사실 조사와 영장의 구두 발급에 대한 승인”이 포함되지 않는다.[353] 따라서 일리노이의 절차는 전자적으로 수색 영장을 발급하는 것만을 허용하며, 신속한 영장 신청에 관한 중요한 이점은 없다.

미네소타는 “모든 고소, 명령, 소환, 체포 및 수색 영장 송부에 사용될 수 있다”고 명시한 형사소송 규칙을 채택했다.[354] 이 규칙은 “팩시밀리 명령이나 보증서는 원본과

---

348) Colo. R. Crim. P. 41(c)(3)
349) Idaho R. Crim. P.41(c) (2001) (stating that a “[w]arrant shall issue only on an affidavit or affidavits sworn to before a district judge or magistrate or by testimony under oath and recorded and establishing the grounds for issuing the warrant”) (emphasis added)
350) Idaho R. Crim. P. 41(c)(3)
351) 725 Ill. Comp. Stat. 5/108-4 (2001)
352) 5/108-3 (emphasis added)
353) Illinois v. Taylor, 555 N.E.2d 1218, 1220 (Ill. App. Ct. 1990)
354) Minn. R. Crim. Proc. 33.05

동일한 효과를 가져야 한다"고 강조하고 있다.[355] 법률이 전자적 신청 절차를 언급하지 않지만, 미네소타 대법원은 연방 규칙 41(c)(2) 을 명시적으로 승인했다. 이처럼 (1)미네소타는 경찰관들이 따르는 절차를 규정하지 않고, (2) 사용된 영장 절차는 판사가 발부된 영장에 서명하도록 요구하는 미네소타 법을 위반했음에도 불구하고 동일한 결론에 도달했다.[356] 또한 미네소타 대법원은 최근 의견에서 "특별한 상황이 발생할 때 진술서를 생략하는 것이 타당할 경우" 전화 절차를 사용해야 한다고 덧붙였다. 예를 들어, 수색할 장소가 치안판사로부터 상당한 거리일 때, 담당자가 정규 근무 시간 동안 그의 사무실에 있는 치안판사에게 연락할 수 없을 때, 지체되어 증거 인멸의 위험을 야기할 때 등이다.[357]

네브래스카는 연방 시스템과 유사한 전화 절차를 사용하여 수색 영장 신청 및 발부를 허용하고 있다. 그러나, 전통적인 서면 절차를 포기할 필요성을 평가하기 위해 영장 신청자와 발급할 치안판사 사이에 지방 검사를 배치한다.[358] 네브래스카에 따르면, 전화로 영장을 요청하는 경찰관은 영장을 발부할 지방 검사(또는 부 자치주 담당)에게 전화 수색 영장의 필요성을 설명하도록 요청되어 있다.[359] 검사는 전화 절차가 정당하다고 납득되면 치안 판사에게 연락하여 요청 담당자에게 연락할 수 있는 번호를 제공한다.[360] 치안판사는 경찰관을 불러 선서를 받고, 그의 진술을 녹음·기록할 수 있다.[361] 원인이 존재할 가능성이 있는 경우, 치안판사는 사실상 연방 시스템에 영향을 미치지 않는 절차를 따른다. 먼저, 치안판사는 담당관에게 사본 영장 작성, 서명, 발급 일시를 문서에 명시하도록 지시할 수 있다.[362] 다음, 치안판사는 동일한 정보로 본 영장을 완성한다.[363] 그러나 네브래스카 법령은 법원에 청구될 때 치안판사

355) Id.
356) Id.; see State v. Lindsey, 473 N.W.2d 857, 862 (Minn. 1991);seealsoMinn. Stat. §§626.05,.11(2001)
357) Lindsey, 473 N.W.2d at 863
358) See Neb. Rev. Stat. Ann. § 29-814.03(Michie1999)
359) § 29-814.03 (explaining that the "county-attorney-contact" requirement may actually decrease the time needed to obtain a telephonic warrant); see infra notes 184-88 and accompanying text
360) § 29-814.03
361) § 29-814.03
362) § 29-814.05(1)
363) § 29-814.05(2)

가 사본 영장에 서명하느냐에 따라 영장의 유효성이 계속 유지되도록 하고 있다.[364] 지방 검사에 의한 독립적 평가의 추가 요건과 치안판사가 발행한 사본 영장에 서명해야 한다는 명시적 요건 외에, 네브래스카 법령은 연방 지침에 근접하다는 평가이다.

사우스다코타 법률은 복수의 법정 조항에서 전화, 팩시밀리 및 기타 수색 영장 신청 및 발부를 위한 적절한 수단을 사용하는 것을 허가하고 있다. 우스다코타주 법령 23A-35-5부분은 개연성 있는 원인 규명을 목적으로 치안판사의 면전에 있지 않은 사람의 선서를 받고 한, 구두 증언 사용을 명시적으로 허용하고 있다.[365] 전화 및 "기타 적절한 수단"은 허용 가능한 통신 매체로 나열되어 있다.[366] 치안판사는 안전장치로서 '사본' 영장 내용을 읽어보도록 담당자나 지방 검사에게 요구할 수 있다.[367] 만약 치안판사가 납득한다면 이후 영장에 그의 이름을 서명하고, 다시 정확한 집행 일시와 시간을 원본 문서에 기록한다.[368] 복사본이 법원에 제출되면, 그 동의서에 "복사본에 서명해야 한다"라는 요구를 받게 된다.[369] 팩시밀리를 사용할 수 있는 경우, 23A-35-4.2부분은 "수색 영장 발급을 지지하는 진술서를 수령하고…" 위임하는 치안판사가 사용을 허가하게 된다. 이와 같은 방법으로 수색 영장을 발부한다.[370] 미네소타 법령과 마찬가지로 사우스다코타주 규칙이 유효한 영장이 되려면, 모든 해당 절차적 및 법적 요건을 충족해야 하며 팩시밀리는 치안판사가 작성한 원래 영장과 동일한 강제력과 효력을 가져야 한다고 명시하고 있다.[371] 추가적인 안전조치로서, 요청 담당자는 영장 원본을 집행하기 전에 치안판사가 서명한 것을 문서화해야 한다.[372]

(3) 소결

영장을 사전에 피압수자에게 제시하는 것은 헌법상 요구되는 절차임은 분명하다.

---

364) § 29-814.05(4)
365) S.D. Codified Laws § 23A-35-5(Michie2001)
366) Id.
367) § 23A-35-6
368) Id.
369) § 23A-35-7
370) § 23A-35-4.2
371) Id.
372) Id. Note, however, that receipt of the facsimile warrant constitutes proof that the committing magistrate has signed the warrant. See § 23A-35.4.2

하지만 영장의 제시는 영장주의의 본질 또는 핵심적 내용이라기보다는 영장주의를 선언하고 있는 헌법의 취지나 그 정신을 철저하게 구현하기 위한 수단적 성격이 강하다.[373] 대법원 판례에 따르면 영장의 제시는 이것이 가능한 상황에서 준수해야 할 규범이며, 영장제시가 불가능한 상황, 즉 피처분자가 현장에 부재한 경우 또는 그를 발견할 수 없는 경우에는 영장을 제시하지 않고 압수·수색을 하더라도 적법한 압수·수색이라고 인정하고 있다.

이러한 대법원 판례를 평가해볼 때 영장제시가 영장주의의 본질적 내용으로 보기는 어렵다. "피처분자가 영장에 의한 압수·수색의 집행인 것을 알면서 영장의 제시를 받을 권리를 포기한 때에도 영장의 제시 없이 압수·수색에 착수할 수 있다"는 것도 같은 맥락이라고 평가할 수 있다. 따라서 영장제시의 원칙에 대해서는 예외를 인정하는 것도 가능하다고 생각한다. 가령, 영장을 제시하여야 한다는 것 대신에 "영장이 있어야 한다" 또는 "영장에 의하여야 한다"는 것으로 개정안을 제시하는 방안 또는 영장제시에 대한 예외를 인정하는 방안을 제시하기도 한다.[374]

이를 반영한다면 영장제시의 원칙과 관련하여 전자영장의 도입을 검토할 필요가 있다. 앞에서 보았듯이 전자영장의 효용은 절차의 신속성, 정확한 판단, 영장주의의 실현을 거론할 수 있다. 이에 영장신청, 영장청구, 영장발부에 과정 중 가능한 부분을 우선 선정하여 전자적 방식으로 전환을 한다면 사법경제적 관점뿐만 아니라 영장발부에 대한 신속한 결정으로 수사기관이 영장회피에 대한 동기가 약해질 것이라는 분석이 가능하다. 앞에서 언급한 미국의 대다수의 주는 이미 전화 및 팩스를 넘어서 이메일 등 전자매체의 전자영장제도를 시행하고 있는 것은 우리에게 시사하는 바가 크다.

4. 영장의 신청권자

우리나라 헌법은 체포·구속·압수·수색을 할 경우 '검사의 신청에 의하여' 법관이 발부한 영장을 제시하도록 규정하고 있다. 하지만 헌법에 영장신청권자를 명문으로 규정하고 있는 외국의 입법례는 드물다. 미국 수정헌법 제4조도 영장의 신청권자를

373) 김혁, 앞의 논문, 88면.
374) 문성도, "헌법상 영장 제시 조항의 문제점과 합리적 개선방안", 경찰법연구 제16권 제1호, 2018, 60면-62면 참조.

명문으로 규정하고 있지 않고 있으며, OECD 회원국 중 그리스와 멕시코를 제외하고는 헌법에 영장신청의 주체에 관한 규정을 두고 있는 국가는 없다.[375]

우리나라 헌법이 영장신청권자를 검사로 규정하고 있는 것이 영장주의의 본질인지, 아니면 경찰에 의한 인권침해에 대한 국민의 헌법적 결단인지에 대해서는 견해의 대립이 있다. 검사의 신청권은 형사사법제도의 구조적 원리이므로 단순한 법규사항이 아니며, 무분별한 영장청구의 남용을 방지하려는 국민의 결단으로 보는 견해[376]가 있는 반면에, 영장주의의 본질은 법관에 의한 법률유보로 강제처분에 대한 법관의 사법통제이므로, 영장신청권자가 누구인지는 단순한 입법사항이라고 보는 견해[377]도 있다.

우리나라 헌법에 영장청구 주체를 처음 명시한 것은 1962년 제5차 개정헌법이다. 헌법 제10조 제3항은 "체포 · 구금 · 수색 · 압수에 있어 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다."고 규정하였다. 그 후 1972년 헌법에서는 '검사의 요구에 의하여'로 변경되었으며, 1980년 이래 헌법에서는 '검사의 요구'부분이 '검사의 신청'으로 개정되었다. 우리나라 헌법이 영장청권자를 검사로 명시한 이유에 대하여 헌법재판소는 "검사가 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지"하는데 그 이유가 있다고 한다.[378] 게다가 헌법재판소는 기본적으로 영장주의의 본질을 법관유보제도로 이해한다. 따라서 검사의 신청은 영장주의의 본질이 아닌 것으로 보는 것 같다. 이러한 헌법재판소의 견해에 대하여 영장주의는 검사의 신청과 법관의 발부로 구성되어 있기 때문에 헌법사항이라고 보는 견해[379]도 있다.

하지만 대부분의 학자들은 검사에게 신청권한을 부여한 것은 영장주의의 본질과는 관련 없이 우리나라의 역사적 경험에 의한 헌법제정권자인 국민의 결단으로 이해하는 것이 일반적이다. 검사를 신청권자로 규정한 것에 대하여 "법률전문가에 의하여 영장발부의 합법성을 높여서 궁극적으로 기본권 침해방지를 위한 이중적 장치로 규정"한

375) https://www1.president.go.kr/articles/2668 (최종검색 2020.8.24.)
376) 방희선, "검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(하)", 법조 제62권 제2호, 법조협회, 2013, 20,45면.
377) 김선택, "영장청구주체 헌법규정의 해석론 및 개정론", 공법연구 제38집 제2호, 한국공법학회, 2009, 261면.
378) 헌법재판소 1997.3.27. 96헌바28 결정.
379) 문재완, "우리 헌법상 영장조항과 영장청구주체에 관한 연구", 세계헌법연구 제19권 제1호, 2013, 72면, 89면.

것이라는 견해,[380] "무분별한 영장청구 및 구속남발을 막아 국민의 기본권을 신장하기 위한 헌법제정권자인 국민 의지의 표명"이라는 견해[381]는 영장청구권의 이유를 '인권 침해의 방지'로 이해하고 있는 것이다.

생각건대, 영장주의와 관련하여 본다면 영장청구권자를 검사로 규정한 것은 영장주의의 본질과는 관련이 없다고 이해하는 것이 타당하다. 영장청구권자를 검사로 한 것이 인권보장의 기능을 가지고 있다는 점에서는 어느 정도 동의를 할 수 있지만, 영장주의의 본질을 '강제처분에 대한 법관유보제도'로 이해한다면[382] 영장주의는 수사기관의 강제처분 남용을 방지함과 동시에 국민의 기본권 보장을 그 본질로 한 것이다. 영장주의는 "수사절차에서 사법통제가 반드시 필요하다"는 것을 의미하는 것이기에 영장을 누가 신청하는지는 중요한 사항이 아니며, 영장주의와 필연적인 관련성은 없다고 볼 수 있다. 즉 누가 영장을 청구하더라도 법관에 의한 사법판단에 따라 영장의 발부가 이루어져야 한다는 것을 의미하기 때문이다.[383]

5. 적법절차

헌법 제12조 제3항의 영장주의는 적법절차의 원칙에서 도출되는 원리이다.[384] 헌법은 국가 권력작용과 관련하여 "적법한 절차에 따라" 이루어져야 할 것을 요구하고 있다. "체포와 구속, 그리고 압수 또는 수색을 할 때에는" 적법절차의 원칙이 준수되어야 함은 당연하다. 아울러 형사절차와 관련하여 적법절차의 기본적 내용은 기본권 침해 또는 제한을 받은 당사자는 사전에 사실고지를 받고 결정권자 앞에 출석하여 자신의 입장을 밝히는 법적 청문절차 또는 기회가 부여되어야 하며,[385] "기본권의 주체에게 고지·청문·변명과 같은 방어기회를 제공하는 합리적인 절차 내지 과정이 구비되어야 한다."[386] 이는 헌법이 법적 청문권을 직접 규정하고 있다고 보기는 어렵지만 헌법 제12조의 법치국가의 원리와 적법절차의 원리에서 도출될

380) 문성도, "영장주의의 도입과 형성에 관한 연구", 서울대법학박사학위논문, 2001, 247면~248면
381) 안미영, "우리 헌법상 검사의 영장신청권 조항의 의의", 형사법의 신동향 통권 제24호, 15면.
382) 헌법재판소 2012.6.27. 2011헌가36.
383) 천진호, "영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토", 법학논고 제26집, 2007, 342면.
384) 헌법재판소 2018.4.26. 2015헌바370 등.
385) 하태인, 앞의 논문, 134면-135면.
386) 김해원, "헌법상 적법절차원칙과 영장주의", 공법학연구 제18권 제3호, 2017, 66면.

수 있다.[387]

한편, 시민 및 정치권 권리에 관한 국제규약(B규약) 제9조 제3항은 "범죄혐의로 체포되거나 구금된 자는 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 인치되어야 하고, 그는 합리적인 기간 내에 재판을 받거나 또는 석방될 권리를 가진다."고 하여 미국의 경우에서도 영장 없이 체포한 때에는 사후에 지체 없이 최초 출두절차에서 인신구속에 대하여 상당한 이유가 있는지에 대하여 치안판사의 심사가 있어야 한다.[388] 이것이 바로 Initial Appearance라는 청문절차이다.[389] 미국 연방대법원은 1943년 McNabb v. United States사건[390]과 1957년 Mallory v. United States사건[391]에서 이른바 McNabb -Mallory 법칙, "체포된 자는 불필요한 지체 없이(without unnecessary delay) 치안판사에게 인치되어야 한다는 원칙을 제시하였다.

이처럼 영장주의는 국가권력 작용에 있어서 절차적 보장의 문제 또는 적법절차의 문제로 보는 것이 타당하다. 영장주의는 국가권력의 권한을 설정하거나 분배하는 것이 아니라 국가권력의 행사로 인하여 기본권의 침해 또는 제한받는 자의 절차적 권리를 보장하는 관점에서 이해하여야 한다.

6. 영장주의의 적용범위

가. 체포와 구속, 그리고 압수·수색 등의 강제처분

우리나라 헌법의 경우 영장주의의 적용대상으로 체포·구속·압수·수색과 주거의 압수·수색을 예정하고 있다. 즉, 헌법 제12조 제3항에 따르면 "체포·구속·압수 또는

---

387) 문채규, "수사절차상 피의자의 청문권", 법학연구 제49권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2008, 4-5면.

388) 문성도, 앞의 논문, 182면.

389) 최초 출두절차에서 경찰은 체포의 상당성에 대하여 기술한 complaint를 치안판사에게 제출한다. 피의자는 치안판사 면전에서 혐의사실과 자신의 권리에 대한 고지와 설명을 받게 되고, 경제적 이유로 변호인을 선임할 수 없는 경우에는 변호인을 지정받는다. 영장 없이 체포된 경우 여러 가지 사정을 고려하여 체포에 상당한 이유(probable cause)가 있는지를 심사한다. 치안판사는 계속 구금을 결정할 수도 있고 피의자에게 서약서, 보석금 또는 보증서를 받고 석방할 수 있다(황정인, 앞의 논문, 217면).

390) McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943)

391) Mallory v. United States, 354 U.S. 449 (1957)

수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다."고 규정하고 있다.

또한 제16조에 따르면 "모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니하며, 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다."고 규정하고 있고, 헌법은 체포·구속·압수·수색에 대해서는 원칙적으로 사전 영장 주의를 선언하고 있다. 다만 제12조 제3항 단서의 경우 현행범인 등에 대해서는 사후에 영장을 청구하도록 규정하고 있다. 체포·구속·압수·수색과 같은 형사절차상 '강제처분'에 대해서는 영장주의가 적용된다는 점에서는 이론의 여지가 없다. 영장주의의 기원에서 볼 때 신체와 주거에 대한 자유를 보장하기 위한 장치로 영장주의가 출발하였다는 점에서 볼 때 더욱 그러하다.

나. 신체·주거 이외의 기본권 침해에 대한 영장주의 적용

영장주의는 신체·주거의 자유 이외의 다른 기본권 침해에도 적용될 수 있는지에 대한 검토가 필요하다. 헌법은 영장주의를 선언하면서 영장주의는 체포·구속·압수·수색과 같은 강제처분의 경우에 적용된다고 하며, 신체의 자유와 주거의 자유에 대한 기본권 침해에 대한 보장 장치로 영장주의를 설정하고 있는 것이다. 이에 헌법재판소는 영장주의가 적용되는 국가의 강제처분에 체포·구속·압수·수색만이 한정되지 않는다는 입장이다. 따라서 영장주의의 적용대상이 되는 강제처분의 의미가 무엇인지에 대해 우선적으로 검토할 필요가 있다. 국가권력 작용이 강제처분에 해당한다고 판단된다면 영장주의가 적용되어야 하기 때문이다. 이하에서는 강제처분에 해당하는지에 대한 판단기준에 대하여 검토한다.

(1) 직접적·물리적 강제력

강제처분에 대해서는 영장주의가 적용되어야 한다고 할 경우 강제처분에 해당하는지에 대한 기준이 무엇인지 검토할 필요가 있다. 강제처분 해당성에 대한 기준에 대하여 헌법재판소는 '직접적·물리적 강제력'을 수반하는지를 기준으로 하여 영장주

의를 적용하고 있다. 대표적으로 음주운전에 대하여 호흡기측정에 의한 음주측정은 강제처분이 아니라는 사례,[392] 형벌에 의한 불이익을 부과하여 심리적 강요에 의하여 지문채취를 하는 것은 강제처분이 아니라는 사례[393]가 있다. 이는 직접적·물리적 강제력을 수반하지 않기 때문이다. 그러므로 직접적·물리적 강제력을 기준으로 한다는 것에 대한 전제는 인신에 대한 제한이 필수 요건이다.

(2) 정보자기결정권 등의 기본권 침해

최근에는 첨단기술의 발전에 따라 다양한 과학적 수사기법이 등장하고 있다. 감청, 통신사실확인자료 제공요청, DNA정보, GPS장치 부착 등을 통한 위치추적 등과 같이 인신구금을 전제로 하지 않는 새로운 수사기법이 등장하여 영장주의의 적용대상이 될 수 있는지가 문제된다.

이에 대하여 헌법재판소는 통신비밀보호법의 통신제한조치와 관련하여 "위치정보 추적자료 제공요청은 통신비밀보호법이 정한 강제처분에 해당되므로 헌법상 영장주의가 적용된다."고 판단하였다.[394] 위치정보 추적자료와 관련하여 수사기관은 위치정보 추적자료 제공을 요청하여 특정 시간대 정보주체의 위치와 이동상황에 대한 정보 취득을 할 수 있도록 한 것이 통신비밀보호법상의 강제처분에 해당되기 때문에 헌법상 영장주의가 적용된다는 것이다. 그 근거로 위치추적정보는 개인정보 중 민감정보에 해당하며, 광범위한 위치정보 추적자료는 정보주체의 기본권을 과도하게 제한한다는 것을 주된 이유인 것으로 볼 수 있다. 이전에 적용한 직접적·물리적 강제력 기준을 적용하지 않고 기본권을 제한한다는 것을 기준으로 한 것이다.

또한 '디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률'에 따른 디엔에이감식시료채취영장에 대한 문제도 같다. 디엔에이감식시료채취영장 발부 여부는 디엔에이감식시료가 강제로 채취되고 그 정보가 영구히 보관 및 관리됨으로써 자신의 신체의 자유나 개인정보자기결정권 등의 기본권이 제한될 수 있다는 점에서 채취대상자에게는 중대한 문제가 된다.[395] 다시 말해서, "디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에

392) 헌법재판소 1997.3.27. 선고 96헌가11 결정.
393) 헌법재판소 2004.9.23. 선고 2002헌가17 등 결정
394) 헌법재판소 2018.6.28. 선고 2012헌마191 등 결정.
395) 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 일부개정법률안 (권미혁의원 대표 발의외 10인).

관한 법률의 영장절차 조항에 따라 발부된 영장에 의하여 디엔에이신원확인정보를 확보할 수 있고, 이로써 장래 범죄수사 및 범죄예방 등에 기여하는 공익적 측면이 있으나, 영장절차 조항의 불완전·불충분한 입법으로 인하여 채취대상자의 재판청구권이 형해화 되고 채취대상자가 범죄수사 및 범죄예방의 객체로만 취급받게 된다는 점에서 문제가 있다."[396] 해당 법률에 디엔에이감식시료채취에 대해서는 법관이 발부한 영장이 필요하다는 점에서 본다면 이는 영장주의가 적용되는 국가 권력 작용이 반드시 신체·주거의 자유를 침해하는 경우에만 한정된다고 볼 수 없다.

또한 마약류 관련 수형자의 소변채취 사례에 대해서도 영장주의가 적용되어야 한다.[397] 즉, "마약류 관련 수형자에 대하여 마약류 반응검사를 위하여 소변을 받아 제출하게 하는 것"[398]은 국가 권력 작용에 해당한다. 다만 "소변을 받아 제출하도록 한 것은 교도소의 안전과 질서유지를 위한 것으로 수사에 필요한 처분이 아닐 뿐만 아니라 검사대상자들의 협력이 필수적이어서 강제처분이라고 할 수 없다"그러므로 영장주의의 원칙이 적용되지 않는다. 이러한 헌법재판소의 결정을 반대 해석을 한다면 강제처분이라고 볼 수 있다면 영장주의의 원칙이 적용된다고 볼 수 있다.

반면, 전기통신사업법에 의한 '통신자료 제공요청'은 강제처분이 아닌 임의수사로 본다. 자료제공 요청자와 전기통신사업자 사이에 상하관계가 없으며, 동법의 규정이 전기통신사업에게 의무를 부과하고 있지 않기 때문에 수사기관 등의 제공요청에 불응할 수 있으며, 이에 불응한 경우에도 어떠한 제재가 없다는 점을 그 이유로 제시하고 있다.[399] 이에 대하여 통신자료제공요청이 사실상 강제된다는 것을 이유로 입법적으로 영장주의가 적용되어야 한다는 견해[400]가 있지만, 이에 반대하는 견해[401]로는 외국의 입법례를 보면 통신자료에 해당하는 사용자 기본정보 제공요청에 영장을 요구하지 않고, 통신자료를 요청하는 시기가 사실상 수사를 개시하기 이전에 범죄자와 범죄혐의를 특정하기 위한 것인데, 이 과정에서 영장의 형식적 요건을 구비하기 힘들며,

---

396) 헌법재판소 2018. 8. 30 자 2016헌마344 · 2017헌마630 결정.
397) 헌법재판소 2006.7.27. 2005헌마277 결정.
398) 전원재판부 2005헌마277, 2006.7.27.
399) 헌법재판소 2012.8.23. 선고 2010헌마439 결정.
400) 신동운, 형사소송법, 2018, 95면.
401) 이기수, "수사목적 통신자료 이용의 영장주의 적용 검토", 형사법연구 제29권 제1호, 한국형사법학회, 2017, 98면-109면.

형사소송법 제199조의 사실조회와 체계상 조화되지 못하기 때문에 영장주의 적용을 부정하는 견해[402]도 있다.

(3) 미국의 경우

미국의 과학적 수사기법은 다른 국가에 비하여 괄목할 정도로 발전하고 있다. 이러한 과학수사기법이 영장주의가 적용되는 수색에 해당하는지에 대한 논의가 있어왔다. 즉, 수색의 판단기준에 대한 미국 연방대법원의 법리가 새로이 전개되고 있는 것이다. 미국에서 압수·수색이라고 판단되면 수정헌법 제4조는 적용되어야 하며, 이후 국가권력 작용의 합리성에 대한 판단이 이루어지게 된다.

종전에는 헌법적으로 보호되는 영역인 신체·주거·서류·동산에 대한 물리적 침범(physical invasion)을 기준으로 수색에 해당하는지를 판단해 왔었다. 가장 대표적인 사건은 1928년 Olmstead 사건과 1967년 Katz 사건이다. 특히 공중전화부스 밖에 감청장치를 부착한 후 Katz의 통화를 감청한 사건에 대하여 미국 연방대법원은 수정헌법 제4조의 보호대상은 장소가 아니라 사람이라고 하면서 압수·수색의 판단기준에 대하여 물리적 침입이 아니라 정부가 자신이 누릴 것이라고 믿는 대상자의 프라이버시를 침해하였는지의 기준을 제시하였다. 다시 말해서, 공중전화에서 문을 닫고 요금을 지불한 후 통화를 하는 자는 자신의 통화내역이 세상에 공개되지 않을 것으로 기대할 수 있는 권리가 있기 때문에 정부기관의 감청행위는 수색에 해당한다고 보았다.

이른바 Katz test에 따르면 ① 대상자가 프라이버시와 관련하여 주관적 기대를 가지고 있는지, ② 사회통념상 그러한 기대를 합리적이라고 인정할 수 있는지를 기준으로 판단해야 한다. 이후 미국 연방대법원은 "프라이버시의 합리적 기대(Reasonable expectation of privacy: REP)"기준을 지속적으로 적용하고 있다. 프라이버시의 합리적 기대이론은 제3자 원칙(third party doctrine), 열린 공간 원칙(open fields doctrine), 내용·비내용 구분 원칙(content/non-content distinction) 등으로 세분화되고 있다.

---

402) 이기수, "수사목적 통신자료 이용의 영장주의 적용 검토", 형사법연구 제29권 제1호, 한국형사법학회, 2017, 98면-109면.

여기에서의 제3자 원칙이란 자신이 제3자에게 자발적으로 제공한 정보에 대하여는 프라이버시에 관한 정당한 기대를 가지지 못한다는 원칙이다. 1976년 Miller 사건에서 정부가 은행에 대하여 영장 없이 제출명령(subpoenas)으로 Miller의 은행계좌 기록을 제출받은 것에 대하여 미국 연방대법원은 제출명령 된 서류들이 피고인의 사적인 서류(private papers)가 아니라 은행의 영업기록(business records)이며, 은행기록은 통상적인 업무과정에서 자발적으로 은행에 제공되고 그 직원들에게 노출된다는 점에서 프라이버시에 대한 정당한 기대를 가지지 못한다고 판단하였다.[403] 또한 Smith v. Maryland 사건에서 전화기 번호판을 돌리는 것에 대해서는 프라이버시의 합리적 기대가 없기 때문에 수사기관이 영장 없이 발신번호 기록장치를 설치하여 사용한 것에 대하여 수정헌법 제4조 위반이 아니라고 판단하였다.[404]

또한 열린 공간 원칙(open fields doctrine)은 열린 공간의 물건이나 열린 공간에서의 이동에 대해서는 프라이버시의 합리적 기대를 인정할 수 없다는 것이다. 이러한 법리는 전파발신기(beeper)를 이용한 차량추적사건에서 적용하였는데, 메타암페타민 제조자를 검거하기 위하여 수사관이 원료화학물질인 클로로포름이 담긴 통에 전파발신기를 넣어둔 후, 이를 구입한 공모자의 차량을 추적한 사안에 대하여 연방대법원은 "공로상에서(on public thoroughfares) 자동차로 이동 중인 용의자는 프라이버시의 기대를 가지지 못한다"고 판단하였다.[405] 하지만 '사적 거주지 내에서' 발신된 신호에 대하여 추적하는 것은 프라이버시를 침해하였다고 보았다.[406]

그리고 수사기관이 집에서 마리화나가 재배하고 있다고 의심하고, 마리화나 재배에 사용되는 고강도 전등(high-intensity lamps)이 발생시키는 열이 방출되고 있는지 확인하고자 열 영상장비(thermal imaging devices)를 사용하여 해당 건물을 주사(scan)한 행위에 대하여 수색이 해당되는 것이 문제된 사안에 대하여 미국 연방대법원은 정부가 물리적 침범 없이는 알 수 없는 주거의 구체적인 정보를 획득하기 위해 공중에서 일반적으로 사용하고 있지 않은 장비를 사용했다면 이는 수정헌법 제4조의 수색에 해당한다고 보았으며, 수색이 영장 없이 행하여졌다면 위법한 것으로 추정된다고 보

403) United States v. Miller, 425 U.S. 435, 440-443 (1976).
404) Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979).
405) United States v. Knotts, 460 U.S. 276 (1983).
406) United States v Karo, 468 U.S. 705 (1984).

았다.[407]

이처럼 미국 연방대법원은 프라이버시의 합리적 기대를 기준으로 수색인지 여부를 판단했다. 법리에 따르면 신체나 주거에 물리적, 공간적으로 침투하지 않는 새로운 과학적 수사기법인 통신제한조치나 휴대전화 위치추적에도 헌법상 영장주의가 적용되게 된다. 첨단과학기술을 적용한 수사기법이 프라이버시를 침해하는 현실을 고려하면 동 기준은 영장주의를 적용함에 있어서 중요한 판단기준이 될 수 있다.

(4) 독일의 경우

독일의 경우에 있어서도 마찬가지이다. 독일 기본법 제1조 제1항(인간의 존엄성)과 관련하여 제2조 제1항(인격의 자유로운 발현에 대한 기본권)에 따른 정보적 자기결정권(informationelle Selbstbestimmung)에서 파생되는 정보기술 시스템의 무결성과 기밀성에 관한 기본권이 온라인 수색에 대한 사법적 심사의 기준이 된다.[408] 이것은 개별 통신프로세스 또는 저장된 데이터뿐만 아니라 정보기술 시스템에 접근하는 범위까지 정보기술 분야의 국가적 접근으로부터 개인 및 사적 영역의 개별 법적 주체를 보호해야 한다.[409] 독일 연방헌법재판소는 통신 프로세스가 감청 또는 기록되어 기본법 제10조 제1항(서신, 우편 및 전신의 비밀)에 따른 통신 비밀 보호의 보호범위에 적용될 수 있는 한, 정보기술 시스템의 침입으로 시스템 전체를 감시하는 결정적 장애물이 제거된 경우 정보기술 시스템의 무결성과 기밀성에 관한 기본권 침해가 존재하는 것으로 판시하였다.[410]

게다가 범죄수사를 위한 인간 체세포의 분자 유전학적 검사에 있어서도 법관의 명령이 요구된다. 독일 형사소송법 제81e조, 제81f조에서는 제81a조 제1항(신체검사-혈액표본)을 통해 얻은 시료를 통한 DNA 분석에 대해 규정하고 있다. 특히 DNA 동일성 형태의 확인, 저장, 사용하는 분자 유전학적 검사는 검사를 받는 당사자의 인격권, 특히 정보적 자기결정권을 침해하므로 원칙적으로 법관의 명령에 따라 행해져야 한다.[411] 다만, 고지 후 피의자가 서면동의를 한 경우에는 법관유보제도가 적용

---

407) Kyllo v. United States :: 533 US 27 (2001).

408) Park, Tido, Durchsuchung und Beschlagnahme, München: CH Beck, 4. Auf, 2018, §4 Rn. 840

409) BVerfG MMR 2008, 315 (319)

410) BVerfG NJW 2008, 822 (825)

되지 아니한다. 이렇듯 시료의 확보는 당사자나 다른 사람(제81f조 제2항과 제81c조 제5항 제1문)을 통해 또는 법원의 명령을 통해 이루어질 수 있으나, 긴급한 경우 검사와 그 수사요원에 의해서도 명령될 수 있도록 규정하고 있다(제81f조 제1항 제1문). 또한 DNA분석은 범죄 수사에 있어 입증되고 신뢰할 수 있는 증거로서 효과적인 형사기소에 대한 요청과 가능한 포괄적인 진실조사에 대한 헌법상의 원칙에 따라 명확성이 요구된다.[412]

(5) 소결

이와 같이 과학기술의 발전에 따라 개인의 통신비밀, 디엔에이, 개인의 신체정보 등 중요한 민감 정보에 대해서는 강제처분이 요구된다. 직접적·물리적 강제력을 수반하지 않는 다양한 수사가 이루어지는 현실적 상황에서 이러한 수사방법이 강제처분에 해당할 수 있다고 판단한 헌법재판소의 결정은 새로운 수사방법에 대하여 영장주의가 적용될 수 있는 방법을 제시하고 있다. 그렇다면 전기통신사업자의 통신사실확인자료 제공요청에 대하여 판례는 강제수사가 아니라 임의수사에 해당한다고 보았지만, 정보주체인 개인의 통신사실이 프라이버시에 해당하고 통신사실이 수사기관에 제공되지 않을 것이라고 합리적으로 기대할 수 있다면 통신사실을 수사기관에 제공하는 것은 수색에 해당한다고 인정될 여지도 있다.

우리나라의 경우 현행법상 온라인수색을 도입하고 있지는 않지만, 만약 온라인수색을 법적으로 허용하게 된다면 처분의 당사자가 처분할 수 없는 제3자의 기본권 지위에도 영향을 미칠 수 있으므로, 이에 대한 관련 당사자의 동의가 이루어지기 어렵기 때문에 영장주의가 적용될 여지가 있다. 결과적으로 온라인 수색은 정보기술 시스템의 무결성과 기밀성의 보장을 침해하는 조치로 볼 수 있기 때문이다.

다. 형사절차 이외의 국가권력 작용에 대한 적용여부

(1) 학설

영장주의는 형사절차 이외에도 다른 국가권력 작용에도 적용될 수 있는가에 대한

---

411) BVerfG NJW 2001, 328 (329); StV 2001, 378 (380); VerfGH Bin NJW 2006, 1416 (1417)
412) MüKoStPO/Trück StPO § 81f Rn. 1

문제가 있다. 영장주의가 형사절차에만 국한된 원칙인지 행정상의 즉시 강제 등에도 적용되는 원칙인지 문제되기 때문이다. 이에 대하여 강제처분의 실질이 신체의 자유에 대한 제한이라면 형사절차뿐만 아니라 행정절차에서도 영장주의가 적용되어야 한다는 입장,[413] 강제처분의 목적에 따라서 영장주의의 적용범위가 달라져서는 안된다는 입장,[414] 헌법 제12조 제3항에 따라 형사절차만을 그 적용대상으로 한다는 입장[415] 등이 제기되고 있다.

(2) 판례

영장주의가 형사절차에 국한되어 적용되는 것인지에 대한 판례의 입장은 일관되어 있지 않다. 판례의 주된 경향은 영장주의는 형사절차에 적용되는 원칙이라는 입장이다. 헌법 제12조 제1항은 "기본권 제한 정도가 가장 심한 형사상 강제처분의 영역에서 기본권을 더욱 강하게 보장하려는 의지"라는 판례가 대표적이다.[416] "영장주의는 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색의 강제처분을 할 때" 적용되는 원칙이라는 판례도 같은 입장이다.[417] 이와 같이 영장주의는 "수사기관에 의한 압수·수색의 경우"에 적용되는 것이므로 "수출입물품 통관검사절차에서 이루어지는 물품의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 것으로서 이를 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없기 때문에," 세관공무원은 압수·수색영장 없이 검사를 진행할 수 있다는 판례도 같은 입장이라고 볼 수 있다.[418]

하지만 영장주의는 형사절차뿐만 아니라 인신의 자유를 제한하는 국가작용에 적용된다는 취지의 대법원 판결도 있다. 대법원 1995.6.30. 선고, 93추83 판결과 대법원 1997.6.13. 선고, 96다56115 판결이 대표적이다. 내용을 살펴보면, "우리 헌법 제12조 제3항은 현행법 등 일정한 예외를 제외하고는 인신의 체포, 구금에는 반드시 법관이 발부한 사전영장이 제시되어야 하도록 규정하고 있는데, 이러한 사전영장주의 원칙은

413) 박찬걸, "군 영창제도의 문제점과 개선방안", 홍익법학, 제18권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2017, 380면.
414) 문성도, 앞의 논문, 32면.
415) 이완규, "헌법상 영장주의 규정의 체계와 적용범위", 형사판례연구, 제25권, 한국형사판례연구회, 2017, 539-540, 543-545면.
416) 헌법재판소 2012.6.27. 선고 2011헌가36 결정.
417) 헌법재판소 2016.3.31. 선고 2013헌바190 결정.
418) 대법원 2017.7.18. 선고 2014도8719 판결

인신보호를 위한 헌법상의 기속원리이기 때문에 인신의 자유를 제한하는 국가의 모든 영역(예컨대, 행정상의 즉시강제)에서도 존중되어야 하고, 다만 사전영장주의를 고수하다가는 도저히 그 목적을 달성할 수 없는 지극히 예외적인 경우에만 형사절차에서와 같은 예외가 인정된다고 할 것이다."라는 판례는 "인신의 자유를 제한하는 국가의 모든 영역(예컨대, 행정상의 즉시강제)"에 적용되어야 한다는 입장이다.

그리고 구 사회안전법[419] 제11조의 동행보호규정에 대하여 판례는 "사전영장주의는 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리이기 때문에 인신의 자유가 제한되는 모든 국가작용 영역에서 존중되어야 하지만, 헌법 제12조 제3항 단서도 사전영장주의의 예외를 인정하고 있는 것처럼 사전영장주의를 고수하다가는 도저히 행정목적을 달성할 수 없는 지극히 예외적인 경우에는 형사절차에서와 같은 예외가 인정"된다는 입장으로 같은 입장이다.

전투경찰순경에 대한 징계처분으로 영창을 규정하고 있는 구 전투경찰대설치법[420]에 대한 위헌소원에 대하여 헌법재판소의 의견 중 위헌의견은[421] "공권력의 행사로 인하여 신체를 구속당하는 국민의 입장에서는, 그러한 구속이 형사절차에 의한 것이든, 행정절차에 의한 것이든 신체의 자유를 제한당하고 있다는 점에서는 본질적인 차이가 있다고 볼 수 없으므로, 행정기관이 체포·구속의 방법으로 신체의 자유를 제한하는 경우에도 원칙적으로 헌법 제12조 제3항의 영장주의가 적용된다고 보아야 하고, 다만 행정작용의 특성상 영장주의를 고수하다가는 도저히 그 목적을 달성할 수 없는 경우에는 영장주의의 예외가 인정될 수 있다."고 판단하였다.

(3) 외국의 경우

독일 기본법 제104조 제2항에 따르면 "자유의 박탈은 법관만이 결정하며," 제13조 제2항에 따르면 "주거의 수색은 원칙적으로 법관에 의해서만 명해질 수 있다." 법관에 의한 심사와 명령을 핵심표지로 하는 법관유보는 수색의 목적이 형사절차뿐만 아니라

---

419) 사회안전법은 1989.6.16. 법률 제4132호에 의하여 '보안관찰법'이라는 명칭으로 전문 개정되었다.

420) 이 법률은 2011.5.30. 법률 제10749호로 개정되었으며, 2015.7.24. 법률 제13425호 '의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률'로 개정되었다.

421) 해당 법률조항은 합헌으로 결정되었지만, 이에 대한 위헌의견은 5인으로 다수의 헌법재판관은 위헌으로 판단하였다.

조세법에 따른 절차나 민사소송절차에서도 적용된다고 한다.[422]

보통의 행정처분은 행정절차법(Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG) 제10조에 명시되어 있는 바와 같이 특정 형식에 의하지 않는다. 그러므로 당사자의 권리에 영향을 미치는 행정행위가 실행되기 전 결정과 관련된 사실에 대해 당사자의 의견진술이 이루어져야 한다(행정절차법 제28조 제1항). 이 규정과 유사한 형사소송법 제33조는 판사가 기본권 침해를 명령하기 전에 관련 당사자의 의견을 들어야 한다고 규정하고 있다. 그러나 형사소송법 제33조 제4항에서 의견청취가 당해 처분의 목적에 반할 위험이 있는 경우 해당 규정의 적용이 배제되며, 검찰과 경찰의 결정은 동조 제3항에서 다루어지지 않는다고 한다.

원칙적으로 형사기소 당국은 당사자의 사전 심문 없이 형사절차상의 기본권 침해를 명령할 수 있다. 이는 행정절차에 있어 긴급하고 위험한 상황에서 허용되는 조치와 같은 것이다. 이렇듯 종종 형사기소 당국의 형사절차상의 기본권 침해와 같은 행정처분이 이루어진다고 볼 수 있다. 검찰 또는 검찰보좌관의 기본권 침해에 있어서 명령이 필요함은 여러 규정을 통해 나타나 있다.[423] 자유를 제한 또는 박탈하는 행정처분에도 영장주의가 적용되는가에 대해서는 각 주의 경찰법에 따라 다르게 규정되어 있으며 조치에 따라서도 그 요건을 달리하고 있다. 그러나 대체적으로 경찰의 요청에 따라 경찰 또는 인신구금의 경우에는 처분의 당사자가 소재한 지역의 구법원(Amtsgericht)이 사법적 결정에 대한 명령권한을 가진다.[424] 그리고 긴급을 요하는 경우 특정 경찰공무원에 의해 명령이 내려질 수 있으나, 이 경우 지체 없이 사법적 확인 또는 결정이 보충되어야 한다. 이에 즉각적인 항고가 이루어질 수 있으며(자유박탈법 제7조 제1항: Freiheitsentziehungsgesetz – FEVG), 이러한 항고에 대해서는 지방법원(Landgericht)이 결정할 수 있다(가사 소송 및 비송사건 절차법 제58조, 415조 이하[425]).

---

422) BVerfGE 51, 97, 105ff.

423) 형사소송법 제81a조 제2항, 제98조 제1항, 제100조 제1항, 제100b조 제2항, 제111조 제2항

424) Niedersächsisches Polizeis- und Ordnungsbehördengesetz (NPOG) §19; Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz : PAG) §92 Abs. 1 S. 1; Polizei- und Ordnungsrecht Nordhein-Westfalen §14a (신원확인을 위한 분자유전학적 검사) §17 (기술적 수단을 몰래 사용하여 정보수집), §18 (기술적 수단을 몰래 사용하여 주거 안 혹은 바깥에서의 정보수집) 등; Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) § 33

425) Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FamFG.

미국 연방대법원의 경우도 같은 입장이다. 위치추적 전자장치를 부착하는 것이 민사적 목적을 가지고 있음에도 불구하고 수정헌법 제4조의 수색으로 보았고, 수정헌법 제4조가 범죄수사 이외에 민사와 행정사건에도 적용된다고 판단하고 있다. 또한 정부가 고용주인 경우 범죄수사가 아닌 업무관련 부정행위를 적발할 목적으로 피용자의 무선호출기 메시지(pager messages)를 획득한 사건에 대하여,[426] 미국 연방대법원은 수색에 해당하므로 수정헌법 제4조가 적용되어야 한다고 판단하였다. 이처럼 영장 없는 수색은 수정헌법 제4조에 위반되는 것이 일반원칙이지만 확립된 몇 가지 예외가 있는데, 이와 같은 경우는 그러한 예외를 정당화한다고 판결하였다.

(4) 소결

영장주의는 형사절차에 적용된다는 것에 대해서는 의문의 여지가 없다. 문제는 국가권력 작용의 모든 것에 적용되는 것인가 하는 점이다. 이에 대하여 모든 국가권력 작용에 예외 없이 전부 적용되어야 하는 것으로 보기는 어렵지만, 영장주의의 적용대상을 형사절차에 한정할 필요는 없다고 판단된다. 다시 말해서 영장주의가 국가권력에 의한 인신의 구속이 있을 경우 법관에 의한 유보를 핵심적인 표지로 한다는 점을 고려한다면, 형사절차 이외에도 행정조사 등과 같은 국가권력 작용의 경우 "인신의 구속을 통하여 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 적용"되어야 할 것이다. 시민의 입장에서는 인신의 구속이 형사절차이든 행정절차이든 본질적 차이가 없다는 것이 주된 이유이기 때문이다.

또한 행정절차에서도 인신의 구속이 있을 경우 영장주의가 적용된다면, 이 경우에도 영장주의의 예외를 인정할 수 있는가라는 문제도 검토할 필요가 있다. "헌법 제12조 제3항 단서도 사전영장주의의 예외를 인정하고 있는 것처럼 사전영장주의를 고수하다가는 도저히 행정목적을 달성할 수 없는 지극히 예외적인 경우"와 같이 형사절차에 한하여 예외가 인정될 수 있을 것이다.

---

426) City of Ontario v. Quon - 560 U.S. 746, 130 S. Ct. 2619 (2010)

제5절 | 소결

1. 영장주의의 기본적 내용

영장주의의 형성과정에 따라 파악된 영장주의의 기본적 내용으로는 다음과 같다.

첫째, 일반영장의 금지이다. 영장주의의 형성과정을 보게 되면 그 출발점은 일반영장에 대한 제한이다. 일반영장 남용에 따른 폐해를 방지하는 것에 주된 목적이 있다. 일반영장은 피압수자, 대상, 장소를 제한하지 않았기 때문에 영장을 집행하는 관리는 그가 원하는 대상을 무제한적으로 압수·수색이 가능하게 되는데, 이는 신체와 주거의 자유에 대한 기본권 보장에 충실할 수 없다는 반성적 고려에서 출발한 것이다.

둘째, 법집행기관의 재량 제한이다.[427] 법집행기관의 재량을 제한할 필요성은 영장주의의 도입하는 과정에서 중요한 목적이다. 영장집행자의 자의적이고 광범위한 강제처분이 집행될 수 있다는 것을 견제하기 위한 것이다. 미국 연방대법원 판례에 따르면 수정헌법 제4조에 의하여 법집행하는 정부 관료는 중립적이고 이해관계가 없는 존재가 아니며, 집행기관의 재량이 심사되지 않을 경우 기본권 침해에 대한 위험성을 간과하고 유죄입증을 위한 증거 취득에 치우칠 가능성이 있다는 역사적·경험적 판단에 근거한 것이다.

셋째, 중립적이고 독립적인 법관에 의한 판단이다. 미국 수정헌법은 영장의 발부권자를 규정하고 있지는 않지만, 영장발부는 중립적·독립적인 치안판사에 의하여야 한다는 점에 견해가 일치하고 있다.

넷째, 영장발부를 판단함에 있어서 상당한 이유가 있어야 한다. 영장발부가 중립적 법관에 의한 판단이었다고 하더라도 이는 영장발부 여부를 판단함에 있어서 불충분하고 정당한 근거에 의하여 뒷받침되지 않는 자료에 의하여 불확실한 의심만으로 영장이 발부와 집행이 된다면 이는 적절한 기본권 보호라고 볼 수 없다. 따라서 영장은 "죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유"가 있어야 한다. 예를 들면 체포영장에

427) 예를 들어, 鴨良弼「令状主義」法学教室 (旧) 七号九二頁 (1963) 、後藤 · 前掲 (7) 論文、堀江慎司「令状主義」法学教室二六八号一四頁 (2003) 一五頁、酒巻 · 前掲 (5) 論文「規律の構造」六ニー六 四頁.

의한 체포의 경우 형사소송법 제200조의2에 따르면 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유 없이 제200조의 규정에 의한 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니 할 우려가 있는 때”에 지방법원판사로부터 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. 범죄혐의의 상당성은 헌법에 명문으로 규정되어 있지 않지만, 이를 구체적으로 실현하는 형사소송법규정에서는 체포와 구속, 그리고 압수와 수색 등 강제처분의 경우 범죄혐의의 상당성을 그 요건으로 하고 있다.

이상과 같이 영장주의의 기원과 형성과정의 관점에서 본다면 영장주의의 기본적 개념은 중립적이고 독립적인 법관이 범죄혐의의 상당성에 기초하여 강제처분의 대상과 그 범위를 특정하여 영장을 발부함으로 인하여 법집행기관의 재량적 행위를 통제하는 것을 의미한다.

한편, 영장주의를 사전영장을 원칙으로 보고, 사후영장을 발부받는 경우는 ‘영장주의의 예외’라고 볼 것인지가 문제된다. 아니면 영장주의는 사전영장뿐만 아니라 사후영장도 영장주의에 따른 것이라고 보며, 예외적으로 사후영장조차 없는 강제처분이 허용될 수 있는지와 관련해서 여전히 논의의 여지가 있다. 만약 영장주의를 엄격하게 사전영장의 원칙을 말하고 사후영장을 영장주의의 예외라고 본다면 현행 형사소송법에 따르면 영장 없는 압수·수색의 경우는 위헌적인 것이라고 할 수 있기 때문이다. 이에 대한 학자들의 견해는 분명하지 않기 때문에 이에 대한 보다 심층적인 분석이 필요하다.

아울러 헌법재판소 역시 “형사소송법 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분의 위헌성이 다투어진 최근 결정에서 ‘영장주의의 예외’, ‘사전영장주의에 대한 예외’라는 표현을 모두 사용하고 있어서 헌법재판소의 입장도 분명하지 않다.”[428] 따라서 기본적으로는 사후영장은 강제처분의 허용여부에 대하여 법관에 의한 사후적 통제를 의미한다는 점에서 영장의 시간적 완화에 대한 것으로 영장주의에 따른 것이며 영장주의의 예외라고 보기는 어렵다.[429]고 할 수 있다.

---

428) 헌법재판소 2018.4.26. 2015헌바370 등, 판례집 30-1상, 563, 572-573.

429) 김종현, 앞의 논문, 22면; 문성도, “영장주의의 비교법적 고찰 - 한국 헌법 제12조 제3항과 미연방헌법 수정 제4조의 규범적 특징을 중심으로 -”, 형사법연구, 제24호, 한국형사법학회, 2005, 181면.

2. 영장주의의 본질적 내용

영장주의는 헌법상 원칙이므로 영장주의에 위반되는 법률이 있다면 이는 위헌적 법률로서 허용되지 않는다고 보아야 한다. 하지만 영장주의의 구체적 의미는 각 국가의 역사적·법문화적·정치적 기반을 고려하여 달리 볼 여지가 있다. 영장주의의 본질적 내용을 침해하는 법률이 있다면 그 법률은 위헌이라고 평가를 하는 것이 분명하지만, 본질적 내용이 아닌 부수적 내용이라면 영장주의의 내용을 제한하는 입법도 가능할 것이다. 기본적으로는 우리나라 헌법에 규정된 내용을 그 본질적 내용으로 보는 것이 타당하다. 영장주의의 본질에 대한 가장 핵심적인 내용은 수사기관에 의한 형사절차상 기본권 침해에 대한 판사의 개입을 의미하는 '법관유보제도'이다. 강제처분에 대해서는 독립성이 보장된 법관의 결정에 맡기려고 하는 것이 헌법의 이념인 만큼 독립적이고 중립적인 제3의 기관에 의한 영장의 발부가 핵심내용이다.

영장주의의 기원과 역사적 전개를 고려할 때 영장주의의 기본적 내용은 '일반영장을 금지'하는 것이다. 영장은 피처분자와 범죄혐의 내용이 특정되어야 하며, 이것이 특정되지 않은 일반영장은 금지된다. 비록 우리나라 헌법에서는 일반영장 금지를 명시적으로 규정하고 있지 않지만, 영장주의의 본질과 기원을 고려한다면 일반영장 금지의 원칙이 포함되는 것은 당연하다. 이는 집행기관의 자의적 집행을 제한하여 기본권 보호를 강화하기 위한 것이기 때문이다. 따라서 우리나라 형사소송법 제114조가 일반영장 금지의 원칙을 표현하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 특히 일반영장금지의 원칙은 온라인수색과 같이 첨단수사기법과 관련되어 있기 때문에 일반영장 금지의 원칙에 대한 논의는 그만큼 중요하다고 볼 수 있다. 더불어 전자영장 제도 도입과 활성화에 대한 논의 역시 진행되어야 할 것이다.

헌법 제12조는 영장의 사전영장을 원칙으로 하고 있고, 사후영장의 가능성도 인정하고 있다. 사후영장을 청구하는 것이 영장주의의 예외에 해당하는가라는 논의가 있지만, 영장주의의 주된 본질이 강제처분에 대한 사법적 통제라고 한다면 사후영장은 영장주의의 시간적 완화 또는 '사전'영장주의의 예외로 볼 수 있으므로, 영장주의의 예외로 보는 것은 적절하지 않다. 이유인 즉, 사후영장이라도 강제처분의 적법 또는 계속 여부에 대한 법관의 사후통제가 가능하기 때문이다. 따라서 영장주의는 사전영

장주의만을 의미하는 것이 아니라 사후영장주의도 영장주의의 내용에 해당한다고 보는 것이 타당하다고 본다. 다만 현행범인체포와 긴급체포에 있어서 해당 체포에 대한 영장이 아닌 구속영장을 청구하도록 하고 있는 것은 영장주의와의 관계에서 다소 문제가 있다. 특히 긴급체포한 후 긴급체포 자체에 대한 법관의 심사 없이 48시간 동안 구금이 이루어질 수 있다는 점에서 영장주의의 위반 가능성이 있다.

또한 헌법 제12조는 영장제시의 원칙을 규정하고 있으므로, 수사기관이 강제처분을 하는 경우 법관이 발부한 영장을 반드시 제시하여야 한다. 형사소송법 제85조, 제118조의 경우에도 마찬가지라고 할 수 있다. 하지만 사전영장제시를 영장주의의 본질적 내용이라고 보기는 어렵다. 왜냐하면 영장제시가 현실적으로 불가능한 경우 또는 영장제시 없이 이루어진 압수·수색의 적법성에 대하여 판례는 일정한 조건을 제시하여 예외를 인정하고 있기 때문이다. 이는 결국 사후영장제시를 인정하고 있는 것으로 사전영장발부의 원칙과 동일한 법리로 사후에 영장을 제시하는 것을 가능하게 한 것은 영장제시의 시간적 완화라고 볼 수 있다.

영장신청권자에 대하여 우리나라 헌법은 이를 명문으로 규정하고 있지만, 외국의 입법례를 보면 신청권자를 헌법에 규정하고 있는 것은 드물다. 영장신청권자를 검사로 규정하고 있는 것이 영장주의의 본질에 해당하는 것인지에 대하여 견해의 대립이 있지만, 지배적인 견해는 영장주의의 본질과는 관련 없이 우리나라의 역사적 경험에 따른 헌법제정권자의 결단이라고 본다. 영장주의의 본질이 수사기관에 대한 강제처분의 남용을 방지하기 위한 것이므로 영장을 누가 신청할 것인가에 대한 논의는 중요사항이 아니라고 판단된다.

이상의 논의를 종합해보면 영장주의의 주된 목적은 수사기관의 강제처분 남용에 대하여 국민의 기본권을 보장하기 위한 것으로, 그 핵심적 내용은 법관과 같은 중립적이고 독립적인 제3자에 의한 영장의 발부, 대상자와 그 장소 등이 특정되어야 한다는 일반영장 금지의 원칙은 그 예외가 인정되지 않는 본질적 내용이며, 사전영장주의와 사전영장제시의 원칙은 이에 대한 시간적 완화라는 예외를 인정할 수 있는 내용이다. 다만, 영장의 신청권자를 검사로 한정하는 것은 영장주의의 본질적 내용에 해당하지 않는다.

3. 영장주의의 적용범위

영장주의는 헌법의 선언과 같이 체포·구속·압수·수색과 주거의 압수·수색에 대하여 적용되어야 한다는 것은 분명하다. 신체와 주거 이외의 기본권 침해에 대해서도 영장주의가 적용되어야 하는지 문제될 수 있지만, 헌법재판소의 결정과 같이 국가의 강제처분이 체포·구속 등에 한정되지 않고 '직접적이고 물리적 강제력'을 수반하는지에 따라 영장주의가 적용되어야 할 것이다. 가령, 통신비밀보호법의 통신제한조치, DNA신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률에 따른 디엔에시감식시료채취영장 등과 같이 과학적 수사기법이 형사절차와 관련되어 있다면 영장주의는 적용되어야 한다.

문제는 형사절차 이외 다른 국가권력 작용에 대해서도 적용되어야 하는가하는 점이다. 이에 대하여 학설과 판례의 대립이 있으며, 판례의 입장도 일관되어 있지는 않다. 비록 형사절차는 아니더라도 행정조사와 같은 국가권력 작용은 인신의 구속을 통하여 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 적용되어야 할 것이다. 아울러 영장주의의 적용대상을 형사절차에 한정할 필요는 없다고 보여진다. 영장주의가 국가권력에 의한 인신의 구속이 있을 경우 법관에 의한 유보를 핵심적인 표지로 한다는 점을 고려한다면, 형사절차 이외에도 행정조사 등과 같은 국가권력 작용에서 인신의 구속을 통하여 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 적용되어야 할 것이다. 아울러 시민의 입장에서는 인신의 구속이 형사절차이든 행정절차이든 본질적 차이가 없다는 것이 주된 이유라는 점 역시 고려해야 할 것이다.

제 4 장

해외 주요국의 인권보장과 수사효율성 조화를 위한 비교법적 고찰

윤해성·최호진·박희영

제4장

해외 주요국의 인권보장과 수사효율성 조화를 위한 비교법적 고찰

제1절 | 개관

해외 주요 선진국의 경우 인권보장과 수사효율성을 조화롭게 운영하기 위하여 여러 가지 법제도를 제·개정하여 시행하고 있다. 미국은 전자영장제도, 전문법원의 전문영장제도 등을 진작부터 시행하여 운영하고 있으며, 대법원의 판례를 통해 새로운 현상에 대하여 영장의 범위와 영역을 확대하고 있다. 가령, 국가안보와 관련하여 해외전문법원을 마련하여 운영하고 있다.

독일은 기술적 수단을 이용한 수사에 관한 절차법과 전문검사제도, 사후적 통제장치 강화방안 등을 마련하여 시행하고 있다. 이를 위해 사이버범죄 전문 검사제도 및 기술적 수단을 이용한 감시 근거법제의 운용실무, 그리고 사후적 수사권 통제장치를 시행하고 있다. 가령, 독일은 법관의 사전적 통제의 한계를 극복하기 위하여 법관 이외의 전문가가 영장발부절차에 참여하는 방안이 논의되었으며, 정보적 자기결정권의 실효적 보장을 위하여 수사목적상 긴급한 경우 절차의 투명성을 확보하고 사후적으로 전문성을 갖춘 기관이 수사과정을 검토하도록 하는 방안이 모색되었다. 더 나아가 새로운 강제수사방법의 절차들을 적극적으로 법제화하고 수차례의 위헌논란을 거쳐 다듬어가고 있는 실정이다. 따라서 수사의 효율성면에서 각종 감시 관련 법제도를 시행하고 있으므로 이를 검토한 다음, 인권보장 측면에서 시스템을 살펴보고자 한다. 그리고 이를 바탕으로 우리 형사절차법상 강제수사 방법의 개선방안을 도출하고자 한다.

제2절 | 주요 선진국의 비교법적 고찰

1. 미국

가. 감시 관련 법제도

미국의 경우, 수사·정보기관이 범죄수사를 목적으로 전자장치를 통한 송수신된 정보를 전기통신사업자들로부터 수집하고자 할 때에 적용되는 법제로는 "전기통신프라이버시법(Electronic Communications Privacy Act: ECPA)"과 "해외정보감시법(Foreign Intelligence Surveillance Act: FISA)" 그리고 "자유법(USC FREEDOM Act)" 등 미국연방법전에서 규제하고 있다.

전기통신프라이버시법(ECPA)은 1986년 최초 제정된 후 수차례 개정되었다. 주요 규정으로는 전기통신의 공개를 금지할 수 있는 규정과 공개금지의 예외규정을 마련하고 있으며 사안에 따라 법원이 심사할 수 있도록 되어 있다.[430] 또한 구체적인 법률인 일명"저장통신법[431]"에서는 '저장된 정보'와 '실시간이 아닌 과거의 통신 자료'에 대한 접근 권한을 규정하고 있으며, 이를 제한하는 규정 역시 마련하고 있다.[432] 미국의 경우, 국가 안보를 보장하기 위하여 정보기관의 감시활동에 관한 법률로 1978년 제정하여 수차례 개정된 해외정보감시법(FISA)를 마련하고 있다. 이는 정보기관의 해외첩보 및 정보에 대한 권한을 규정함과 동시에 제한하는 규정들을 구체화하여 명문화하였다. 아울러, "미국 자유법(USA FREEDOM Act of 2015)"에서는 기존의 "애국법(PATRIOT Act)"의 주요 규정을 연장하여 사용하고 있으며, 특히 애국법의 문제점을 수정하여 인권보장 측면에서 국가기관에 의한 무분별한 통신정보사용을 제한하도록 개정하였다.

---

430) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회도서관, 2015, 16면.

431) (Stored Communications Act: SCA).

432) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회도서관, 2015, 16면.

(1) **저장통신법**(Stored Communications Act: SCA)[433]

저장통신법(SCA)은 전기통신사업자가 보관하고 있는 이용자 통신기록에 대하여 정보 및 수사기관이 접근할 수 있는 권한과 허용범위를 명시한 법이다. 저장통신법상의 주요 내용은 전기통신시설에 고의로 무단 접근하거나 접근권한을 초과하여 전기통신사업자의 전자기기 내부에 보관된 유선 또는 전기형태의 통신기록과 같은 정보의 접근을 원칙적으로 금지하고 있는 것이 특징이다.[434] 그러나 수사기관이 적법한 목적으로 일정한 요건을 충족하여 통신기록이나 관련 정보를 요청하는 경우에 전기통신사업자는 업무와 관련된 정보나 기록을 임의적 또는 자발적으로 공개할 수 있으며 사안에 따라서는 의무적으로 제공해야 한다.[435]

(가) 자발적 공개

전기통신사업자는 긴급한 사망의 위험과 심각한 신체적 상해가 발생할 우려가 있다고 판단되는 경우에 선의로 전기통신사업자가 가지고 있는 가입자의 통신기록이나 관련 정보를 지체 없이 정보 및 수사기관에게 공개할 수 있다.[436]

(나) 의무적 제공

수사기관은 전기통신사업자가 소유하고 있는 가입자정보(통신내용은 제외)의 공개를 요청할 수 있으며, 해당 사업자는 다음의 경우 반드시 의무적으로 제공해야 한다.

a. 적법한 절차에 의한 관할법원이 발부한 법원의 영장(court warrant)을 제시한 경우[437]
b. 관련 규정에 의한 법원의 공개 명령(court order)의 경우[438]
c. 정부기관이 발행한 문서제출요청(administrative subpoena)이 있을 경우[439]

---

433) 18 USC §§ 2701-2702.
434) 18 USC § 2701(a).
435) 18 USC §§ 2702-2703.
436) 18 USC §§ 2702(c)(4).
437) 18 USC § 2703(c)(1)(4).
438) 18 USC § 2703(d)(법원의 명령 요건) 정부기관의 입수대상 유선이나 전기통신 또는 기록 및 기타 정보가 실시 중인 범죄 수사와 관련되어 있으며, 상당히 중요하다고 인정할 수 있을 만큼 합리적인 근거를 증명 가능한 구체·명확한 사실관계가 정부기관으로부터 제시된 경우에만 관할법원은 법원의 공개명령을 발할 수 있다.

의무적 공개를 위해서는 이름과 주소, 지역·장거리전화 접속기록과 횟수 및 시간, 그리고 개시일을 포함한 서비스 이용기간, 임시할당 네트워크 주소, 전화장비번호, 기타 가입자번호와 신원정보 및 신용카드와 은행계좌번호를 포함한 가입자의 서비스 이용대금에 대한 지급방법이나 출처 등의 통신기록이나 정보가 요구된다.[440]

한편, 통신정보의 수집을 위해서는 무엇보다 통신의 내용을 "실시간으로" 수집하고자 할 때의 허가기준으로는 가장 엄격한 영장주의를 적용하고 있는 반면, 과거의 통신기록이나 정보 등을 수집할 때에는 법적 기준인 증명력이 요구되는데 이를 위해서는 다음과 같은 법원의 영장이나 명령이 요구된다.

a. 일반적인 통신내용이 수집대상인 경우에 법원의 영장이 요구되는데, 이때 영장 취득을 위한 "상당한 근거(probable cause)"를 증명하여야 한다.[441]
b. 법원명령이 요구되는 때에는 먼저 현재 진행 중인 범죄수사와 관련성이 있어야 하며, "긴급하거나 중대(relevant and material to an ongoing criminal investigation)"하여야 하는데 이를 인정할 만한 "구체적이고 명확한 사실관계(specific and articulable facts)"를 증명할 경우에 한해서 허용하고 있다.[442]

[표 4-1] 저장통신법(SCA) 세부내용

구분	내용
의무적 공개의 "절차적"요건	"법원의 영장(Court Warrant)은 적법한 절차에 의하여 관할법원이 발부"
	"법원의 명령(Court Order)은 규정에 의하여 법원의 공개 명령을 획득"
	"정부기관이 적합한 문서제출요청서(Administrative Subpoena)를 제시"
의무적 공개의 "내용상"요건	"대상 정보가 현재 진행 중이며 범죄수사와 '연관되고 중대하다(Relevant and Material)'고 인정할 만한 '구체적이고 명확한 사실관계(Specific and Articulable Facts)'가 증명"[443]

439) 18 USC § 2703(c)(2).
440) 18 USC §§ 2703(c)(1)(B), 2703(d).
441) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 국회도서관, 2015, 19면.
442) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 국회도서관, 2015, 19면.
443) http://law.nanet.go.kr/lawservice/lawissue/lawissueView.do?searchCon=&searchKey=&searchNewAsc=&searchSubject3=&searchFromDate=&searchToDate=&pos=51&pageNum=6&cn=KLAW2015000015&sort=title&dir=alphabetical 참조. (최종검색 2020.10.28.)

(2) 전기통신프라이버시법(ECPA)

저장통신법(SCA)과는 다르게 전기통신프라이버시법은 통신의 내용 이외의 정보나 기록은 사안에 따라서 정부기관 발행 '문서제출요청서(administrative subpoena) '[444] 또는 '국가안보서신(national security letter)'을 발부하여 제시한 경우에도 관련 정보의 수집을 허용하고 있다. 전기통신프라이버시법(ECPA)에 따라 편제된 미국연방법전(USC) 제18편 제2709조에서는 "첩보활동을 위한 전화요금 및 거래기록에 대한 접근권한(counterintelligence access to telephone toll and transactional records)"에 대하여 규정하고 있다. 미국 연방수사국(FBI)은 수집된 정보를 바탕으로 테러와 첩보활동 간의 관련성을 서면으로 제출하면, '개인 또는 단체 이름', '주소', '서비스 이용기간 및 전화번호의 청구기록' 등을 요청할 수 있다.[445] 여기서 '서면'제출이란 문서제출요청서의 형태인 이른바'국가안보서신(national security letter)'을 말하므로, 법원의 영장이나 허가가 필요하지 않게 된다.

이와 같은 증명기준은 2001년 미국 애국자법(PATRIOT ACT) 제정 이후에 변경되었는데, 과거에는 '관련성'의 입증과 더불어 통신시설 사용사실에 관한 '구체적이고 명백한 사실(specific and articulable facts)'의 증명이 요구되었다. 그러나, 이후에는 '관련성'만을 증명하면 되도록 변경되었다.

(3) 해외정보감시법(FISA Amendments Reauthorization Act of 2017)

일반적으로 해외정보(FII: Foreign Intelligence Information)라 하면, 외세(foreign power) 또는 그 대리인에 의한 적대적 행위, 테러리즘, 파괴활동 등의 비밀정보활동을 막는 미국의 보호 능력과 관련된 정보를 의미한다. 또한, 국방, 국가안보, 미국의 외교적 행위와 관련된 외세 또는 외국 영토에 관한 정보가 포함된다. 해외정보와 관련하여 의도한 감시 대상이 미국 사람인 경우, 적대적 행위, 방해 행위, 테러리즘 또는 미국의 국방, 국가안보 또는 외교 문제를 방지하기 위해서는 관련 정보가 반드시 필요하다. 일반적인 범죄수사에서의 통신감청은 프라이버시권 및 표현의 자유에 대한 중대한

---

444) http://law.nanet.go.kr/lawservice/lawissue/lawissueView.do?searchCon=&searchKey=&searchNewAsc=&searchSubject3=&searchFromDate=&searchToDate=&pos=51&pageNum=6&cn=KLAW2015000015&sort=title&dir=alphabetical 참조. (최종검색 2020.10.28.)

445) 18 USC §2709.

침해로 간주되어왔다.[446]

(4) 미국 자유법(USA FREEDOM Act of 2015)

미국은 그동안 시행해왔던 애국법(USA PATRIOT Act)을 2015년 6월 2일 연장하는 대신, 2015년 미국 자유법 즉, "권리 실현 및 감시에 대한 효과적 통제 확보를 통한 미국 통합과 강화를 위한 법률(USA FREEDOM Act: Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ensuring Effective Discipline Over Monitoring Act of 2015)"을 제정하기에 이르렀다. 2001년 미국 애국법(USA PATRIOT Act)은 사실상 테러방지법으로 정보수사기관, 즉 법집행기관의 감시 및 해외첩보 권한을 강화한 법률이었다. 이에 법집행기관의 권한 남용과 시민의 기본권 침해를 고려하여 미국은 2015년 자유법(USA FREEDOM Act)으로 변경하여 기존의 애국법이 가지고 있는 정보수사기관의 권한을 제한하고 사생활을 보호하기 위한 법률로 평가할 수 있다.[447]

(가) 새로운 개념 정의

1) 통화내역기록(call detail record)

미국 자유법(USA FREEDOM Act)은 통화내역기록(call detail record) 및 특정선별용어(specific selection term)라는 새로운 개념을 도입하였다. 먼저 통화내역기록(call detail record)에 포함되는 정보는 다음과 같다.[448]

a. 세션식별정보(session-identifying information) : "착신 및 수신 및 전화번호", "국제휴대폰가입자식별번호", "국제휴대국장비식별번호" b. "전화통화카드번호" c. "통화 시각 및 시간"

출처: 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 26면.

446) 이와 관련하여 미연방대법원은 "일반적인 범죄감시와 국가안보와 관련된 감시의 잠재적 차이를 감안할 때, 의회는 특정범죄에 대해 이미 규정된 것과 다르게 국가안보와 관련된 보호기준을 고려할 수 있다. 만약, 첩보와 정보수집에 대한 정부의 합법적 요구와 시민의 권리보호 충돌에 있어서 합리적인 이유가 있다면, 일반적인 범죄감시와 국가안보 관련 감시를 위한 정보수집의 차별적 기준은 수정헌법 제4조에 의해 양립할 수가 있다"고 판결하였다; United States v. U.S. District Court, 407 U.S. 297 (1972).

447) 실제 자유법은'연속적인 전화내역기록(ongoing call detail record)'과 관련한 수집대상 데이터에 개인정보가 포함된 경우, 그 개인정보의 도용을 방지하기 위한 새로운 법적 기준을 정립한 것에서 성과를 찾을 수 있다.

448) 50 USC § 1861(k)(3).

그러나 통신의 내용, 가입자의 이름과 주소, 금융정보와 셀사이트 위치(cell site location)등과 같은 통신의 내용, 그리고 GPS 정보는 통화내역기록의 범위에서 명시적으로 배제하였다.

2) 특정선별용어(specific selection term)

"특정선별용어(specific selection term)라 함은 '사람, 계정, 주소, 혹은 개인용 장치를 특정하여 식별하는 용어나 기타 특정 식별자'를 의미한다."[449] "또한 해당 유형물의 수집목적에 따라 수집대상을 최대한 제한하기 위해 이 용어의 사용을 의무화하고 있다."[450]

(나) 연속적인 통화내역 기록을 위한 신규 요건

"미국 연방수사국(FBI)은 국제테러 및 첩보활동과 관련된 통화내역기록을 수집하기 위해서는 아래 요건들이 충족된 사실을 증명하는 신청서를 법원에 제출하여 법원의 허가를 취득해야 한다."[451]

---

449) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 27면; 2015년 미국 자유법 제501조(대량의 수집 금지)에 의거하여 '특정선별용어'의 사용을 의무화하는 방향으로 개정된 미국연방법전(USC)의 조항들은 다음과 같다.
1. 50 USC § 1841, § 1842(c): 발신 및 수신장치를 통한 자료수집 요건
2. 18 USC § 2709(b): 첩보활동을 위한 전화요금 및 거래기록에 대한 접근권한
3. 12 USC § 3414(a)(2): 첩보 및 방위활동을 위한 금융기록에 대한 접근권한
4. 15 USC § 1681u: 첩보활동을 위한 연방수사국에 대한 특정 소비자기록 공개
5. 15 USC § 1681v(a): 첩보활동을 위한 정부기관에 대한 소비자보고서의 공개
"또한 위 각각의 조항에서는 대량의 정보수집 금지를 위한 다음과 같은 신규 규정이 기존의 관련 규정을 대체하였다. 적법한 요청서가 발부되고 사법심사권이 통지되며, 연방수사국이나 그 산하의 지정담당자가 공개금지가 없다면 (i) 미국의 국가안보에 대한 위험성, (ii) 범죄, 테러방지, 혹은 첩보방지 관련 조사에 대한 방해, (iii) 외교 관계에 대한 방해, (iv) 사람의 생명이나 신체적 안전에 대한 위험성 등을 초래할 수 있다고 확인하는 경우, 전기통신사업자는 연방수사국이 정보나 기록을 수집하고자 했다든지 이를 획득했다는 사실을 어떠한 사람에게도 공개하지 않아야 한다."; 최창수, 미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례, 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 27면, 각주 43 재인용.

450) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 27면.

451) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 28면.

1) '연속적인 통화내역기록'의 승인된 조사 신청일을 전후로 하여 계속적으로 통화내역기록을 수집한 경우

a. "수집대상 유형물 제출의 근거로 수사대상인 사람, 계정, 혹은 개인용 장치를 구체적으로 식별하는 '특정선별용어'를 사용해야 한다."[452]
b. (i) "'특정선별용어'로 수집하고자 하는 통화내역기록과 당해 조사가 관련성(relevancy)이 있다는 것을 인정할 만한 합리적인 근거," 그리고 (ii) "'특정선별용어'가 국제테러 및 그 준비활동에 연루된 외국세력 및 그 관련자들과 연관성(associated)이 있다는 것을 보여주는 합리적이고 명확한 혐의(reasonable, articulable suspicion)를 증명해야 한다."[453]
c. "법원의 명령에 따라 연방수사국이 수집 및 사용할 유형물이나 정보의 경우, 이를 최소한으로 보관하고 그 유출을 금지하는 등의 구체적이고 적합한 절차를 마련해야 한다."[454]

2) '연속적인 통화내역기록' 이외의 것으로 기타 통화내역기록이나 관련 유형물을 수집하는 경우

a. "수집대상 유형물 제출의 근거로 수사대상인 개인, 계정, 주소(거주지 주소, 이메일 주소, 임시할당 네트워크 주소(인터넷프로토콜 주소) 등의 전자형태의 주소), 혹은 개인용 장치를 구체적으로 식별하는 용어나 기타 특정 식별자를 사용해야 한다."[455]
b. "수집대상 유형물이 '미국인과 관련되지 않은 해외첩보정보의 획득 혹은 국제테러 및 첩보활동의 방지를 위해 승인된 조사'와 관련성이 있음을 인정할 수 있는 합리적인 근거를 증명해야 한다."[456]
c. "법원의 명령에 따라 연방수사국이 수집 및 사용할 유형물이나 정보의 경우, 이를 최소한으로 보관하고 그 유출을 금지하는 등의 구체적이고 적합한 절차를 마련해야 한다."[457]

위와 같이 두 가지의 각각의 다른 요건들 가운데 '연속적인 통화내역기록' 이외의 통화내역기록 및 유형물에 대하여 법원의 허가요건은 「2015년 미국 자유법」 제정 이전의 것과 동일하다. 그러나 '연속적인 통화내역기록'에 관한 허가요건은 과거의 그것에 비해 매우 다르고 엄격한 방향으로 수정되었다. 다시 말해서, "전자의 경우

452) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 28면.
453) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 28면.
454) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 28면.
455) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 29면.
456) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 29면.
457) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 29면.

'관련성'만을 법원에 소명해도 매우 용이하게 해당 자료를 입수할 수 있었다."[458] 그러나, "후자의 경우 '관련성'과 함께 '특정선별용어'가 국제테러 및 그 준비활동에 연루된 외국세력 및 그 관련자들과 연관성이 나타내는 '합리적이고 명확한 혐의'를 증명해야 한다."[459]

'연속적인' 통화기록내역의 경우, 무분별한 대량정보의 수집을 조장할 우려가 있고, 아울러 프라이버시침해의 위험성이 있기 때문에 그 입수요건을 강화한 것으로 보인다.

(다) '연속적인 통화내역기록'에 대한 법원의 명령

'연속적인 통화내역기록'의 입수신청을 하는 경우, 법원이 발부하는 명령의 내용이 필요한데, 다음과 같은 사실이 있어야 한다.

a. 기간 제한: "매일의 통화내역기록에 대한 승인은 180일 이하의 기간으로 한정되고, 기간연장 신청 시 연장허용이 가능하다."[460]
b. 세션별 내역 요청: "정보기관은 '특정선별용어'를 사용하여 최초 1차 세션의 통화내역기록의 신속한 제출을 요청할 수 있다."[461] "이후 1차 세션의 '특정선별용어'로 확인된 세션식별정보나 전화카드번호를 사용하여 후속 2차 세션의 통화내역기록의 신속한 제출을 요청할 수 있다."[462]
c. 유용한 형식: "제공대상 통화내역기록은 정보기관에게 유용한 형식이 되어야 한다."[463]
d. 세부 지시사항: "기록의 비밀을 보호하고 사업자에 대한 업무 방해를 최소화하여, 정보기관은 기록입수의 목적을 달성하기 위해 모든 정보, 시설 및 기술지원을 제공할 것을 담당자에게 지시할 수 있다."[464]
e. 관련성 없는 기록에 대한 파기절차: "법원의 명령에 따라 제공받은 통화기록내역이 의도된 해외첩보정보가 아닌 것으로 판단되는 경우, 모든 관련 통화기록내역의 신속한 파기를 위한 최소한의 절차를 마련하고 이 절차에 따라 기록을 파기하도록 정보기관에게 지시할 수 있다."[465]
f. '특정선별용어'의 사용: "법원은 동법에서 규정된 '특정선별용어'를 반드시 사용하여야만 유형물 입수 요청을 승인할 수 있다."[466]

---

458) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 30면.
459) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 30면.
460) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 30면.
461) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 30면.
462) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 30-31면.
463) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 31면.

나. 전문 법원

(1) 해외정보감시법원(FISC)의 설립

해외정보감시법원(FISC)은 "1978년 미국 의회가 미연방법전 제36장(50 U.S.C. § 1801-1885c)에 해당하는 해외정보감시법(FISA: Foreign Intelligence Surveillance Act) 개정에 의해 설립되었다."[467] "해외정보감시법원(FISC)은 워싱턴 D.C.에 위치하고 있으며, 미국 연방대법원장이 지명한 11명의 지방법원판사로 구성되어 있다."[468] "해외정보감시법원의 각 판사들은 최대 7년 동안 근무할 수 있으며, 임기의 연속성도 보장받고 있다."[469] 해외정보감시법(FISA)에 따라 해외정보감시법원은 전자감시, 물리적 수색, 그리고 기타 해외정보수집 목적의 조사행위에 대한 신청서를 접수·승인해야 하며 이때, "대부분의 업무는 국가기밀정보를 보호해야 할 필요가 있기 때문에 부분적으로 수행된다"[470]고 한다.[471]

(2) 해외정보감시법원(FISC) 절차의 주요 내용

해외정보감시법원에서의 해외정보감시 사안과 관련된 모든 문제를 다루고 있으나, "해외정보감시 문제가 제기된 사안에 배정된 판사는 청문과 관련된 심리가 필요한지 여부를 결정해야 하고, 필요한 경우 심리 시간과 장소를 정해야 한다."[472] "법원의 경우 예외적 사안이나 법원 결정의 일관성(uniformity)을 유지할 필요성이 있을 경우

464) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 31면.
465) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 31면.
466) 최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회 도서관, 2015, 31면.
467) 임유석, "미국의 국가안보사범 전담 특별법원에 대한 검토", 한국테러학회보 제12권 제4호, 한국테러학회, 2019, 145면.
468) 임유석, "미국의 국가안보사범 전담 특별법원에 대한 검토", 한국테러학회보 제12권 제4호, 한국테러학회, 2019, 145면.
469) 임유석, "미국의 국가안보사범 전담 특별법원에 대한 검토", 한국테러학회보 제12권 제4호, 한국테러학회, 2019, 145면.
470) 임유석, "미국의 국가안보사범 전담 특별법원에 대한 검토", 한국테러학회보 제12권 제4호, 한국테러학회, 2019, 145면.
471) US FISC(https://www.fisc.uscourts.gov/about-foreign-intelligence-surveillance-court), (최종검색 2020.08.04.)
472) 임유석, "미국의 국가안보사범 전담 특별법원에 대한 검토", 한국테러학회보 제12권 제4호, 한국테러학회, 2019, 148면.

에"[473] 한하여 청문회 및 재청문회 절차를 거칠 수 있으며,[474] 청문회 결과에 대한 당사자의 항소도 가능하다.[475]

다. 소결

미국은「종합범죄방지 및 가로안전법(Omnibus Crime Control and Safe Streets Act)」"미국연방법전 제18편 범죄 및 형사소송 제1부 범죄 제119장 유선 및 전자통신 감청과 대화의 감청 제2516조 유선통신, 대화 또는 전자통신 감청 허가에서 간첩관련 사건은 감청을 허용하고 있다"[476].

그리고 미국은 국가안보를 위하여 어느 정도 해외 정보법에 의하여 정보를 수집하고 있는 것을 허용하고 있는 것을 알 수 있고 해외 정보원에 의하여 해외전문 법원도 마련하여 시행하고 있는 것을 확인할 수 있다. 이처럼 미국은 특별법원을 마련하여 정보 수집을 위한 신속하고 정확한 판단을 하고 있는 것을 알 수 있다. 다른 외국의 경우도 특별법원과 유사한 형태를 운영하고 있거나 법집행기관을 사법적 통제를 할 수 있는 위원회 등을 운영하여 법집행기관의 정보수집의 남용가능성을 차단하고 있는 것을 볼 때, 시사하는 바가 크다고 하겠다.

---

473) 임유석, "미국의 국가안보사범 전담 특별법원에 대한 검토", 한국테러학회보 제12권 제4호, 한국테러학회, 2019, 149면.

474) US FISC Rule.45. Standard for Hearing or Rehearing En Banc

475) US FISC Rule.58. Transmitting the Record

476) 윤해성, "안보형사 법제도 고찰", 대한민국 안보 형사법제 개선을 위한 대토론회, 2015, 44면; "제2516조 유선통신, 대화 또는 전자통신 감청 허가
(1) 법무장관, 법무부장관, 법무차관이나 법무차관보, 법무차관보 대리 또는 법무부 차관보나 법무장관이 특별히 지정한 형사부내 법무副차관보 대리는 관할 연방판사에 대한 감청허가 신청을 인가할 수 있으며, 이러한 감청이 다음 행위의 증거를 제시할 수 있거나 제시하였을 경우 판사는 본 장의 제2518조에 따라 연방수사국 또는 감청을 신청한 범죄의 수사책임을 지고 있는 연방기관에 유선통신 또는 대화의 감청을 허가 또는 승인하는 명령서를 발부할 수 있다.
(a) 연방 법전 제42편의 제2274조~제2277조(1954년 제정 원자력법 시행관련), 연방 법전 제42편 제2284조(핵시설이나 연료에 대한 파괴활동 관련)에 의거하거나 본 편의 다음 장 : 제37장(간첩행위관련), 제105장(파괴활동관련), 제115장(반역행위관련), 제102장(폭동관련), 제65장(악의적 위해 관련), 제111장(차량파괴관련), 제81장(저작권침해 관련)에 의거 사형이나 1년 이상의 금고에 처할 수 있는 범죄.
미국은 이 외에도 해외정보감시법(Foreign Intelligence Surveillance Act), 법집행을 위한 통신지원법(Communications Assistance for Law Enforcement Act)에서도 이와 관련된 내용을 규정하고 있다."

2. 독일

가. 감시 관련 법제도

(1) 독일연방공화국 기본법(G10법)

독일연방공화국 기본법 제10조는 1968년 비상사태 법안의 맥락으로 개정됨과 동시에 기본법 제10조 제2항에 G10법을 제정할 수 있는 근거규정을 마련하였다. 이 개정에 따라 기본법 제10조 제2항에서 "서신, 우편 및 전기통신 비밀의 불가침"에 대한 제한은 법률에 근거하는 경우에만 제한할 수 있게 되었다. 또한 그 제한은 자유민주적 기본질서의 수호 또는 연방 및 주의 존립이나 안전을 수호하기 위한 것일 때에 국회의 감독 기관의 동의를 얻어 실행할 수 있다.

이에 따라 「서신, 우편 및 전기통신 비밀의 제한에 관한 법률[477]」이 1968년 제정되었다. 이렇게 제정된 G10법은 수사 목적과 안보 목적 모두를 위해 제정된 법률로써, 그 목적에 따라 대상, 허가기관, 감청기간 등에 있어서 차이가 있다. 수사 목적인 경우에는 법원에 의한 사법통제가 이루어지고 있지만, 안보 목적인 경우에는 의회의 감독을 통한 의회통제가 이루어지고 있다. 또한 G10법은 "연방헌법보호청 및 연방정보국 등의 정보기관은 연방 또는 주의 존속 및 안전에 대한 위험으로부터의 방위를 위해, 국제 테러 등의 범죄행위를 시도하거나 실행하였다고 충분히 의심할 수 있는 사실상의 근거가 존재하는 경우, 그 외의 수단으로는 불가능하거나 곤란한 때에 한하여 원거리통신을 감청하거나 편지 및 통신을 개봉·검열할 수 있다(제1조, 제3조)"고 규정한다[478]. 한편, 독일 형사소송법 제98조a는 테러 범죄자로 의심이 되면, 그 사람의 우편에 대한 검열을 할 수 있으며, 더불어 영장 없이 소환할 수 있다.

(가) 수사 목적

수사 목적인 경우에는 형사소송법 제100조a[479] 이하에서 규정하고 있는데, 제100조a에 따라 관할법원 판사의 허가에 의해 범죄 관련 혐의자에 대한 통신감청이 가능하

477) 정확한 명칭은 Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz – G10)이다.
478) 윤해성, 안보형사법제도 고찰, 대한민국 안보 형사법제 개선을 위한 대토론회, 2015, 36면.
479) 제100조a(통신감청) ① 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 당사자가 이를 알지 못한다하더라도 통신을 감청, 녹음할 수 있다.

고, 제100조b는 제100조a에 따른 처분에 대한 명령 및 이행을 규정하고, 제100조d는 제100조c의 주거에 대한 감청 기간을 30일로 규정하며 계속 감청명령의 요건이 존재하는 경우 1개월 이하의 연장을 허용하고 있다.

(나) 안보 목적

안보 목적인 경우에는 G10법 제3조[480]와 제5조[481]에서 그 요건을 규정하고 있는데, 독일에 대한 무력공격 위험 방지 및 안보사범·국제범죄 관련 정보수집 목적 혐의자 또는 관련 국제통신에 대한 감청이 가능하도록 규정하고 있고, 제10조에서는 소관 관청이 그 감정처분을 행할 수 있도록 규정하고 있다. 하지만, 이는 제10조 제1항에 따라 권한 있는 연방장관에 의하여 의회 통제기관의 동의를 얻어 결정된다.

(2) 연방헌법보호법(Bundesverfassungsschutzgesetz) 개정[482]

Terrorismusbekämpfungsgesetz(테러방지법) 제1조는 연방헌법보호법의 개정사항을 규정하고 있다. 여기에는 연방헌법보호법 제3조, 제8조, 제9조, 12조, 18조, 19조 등의 개정사항을 규정하고 있는데, 그 주요한 내용은 다음과 같다.

종래 연방헌법보호법은 헌법보호청 및 주 헌법보호기관의 활동에 대해 정보를 수집하고 평가하는 권한을 부여하여 왔었다. 그런데 이 개정은 여기에 더해 생활상 및 방위상 중요한 시설의 안전에 필요한 경우에는 이와 같은 정보를 연방내무장관의 동의와 관계없이 다른 기관에 전달할 수 있게 규정하였다. 또한 연방헌법보호청은 그 임무 수행에 필요한 경우에는 금융 기관에 대해 자금과 계좌의 동향에 대한 정보의 제공을 받거나, 우편서비스 제공업체에서 이름, 주소, 우편물 등의 이용에 관한 정보를 제공받거나, 항공기서비스 제공자로부터는 이름, 주소, 운송서비스의 이용에 관한 정보 등의 정보를 제공받거나, 전기통신서비스 제공자로부터는 이용·접속 데이터에

480) 제3조(요건) ① 제1조 제1항 제1호에 따른 제한은 그곳에서 열거하고 있는 전제조건 하에서, 누군가가 목록범죄에 규정된 범죄를 계획하거나 실행하거나 실행하였다는 혐의에 대한 사실적 근거가 존재하는 경우에 명령될 수 있다. 누군가가 그 목적이나 활동이 자유민주적 기본질서, 연방이나 주의 존립이나 안전에 대한 범죄를 범하기 위하여 조직된 단체의 일원이라는 혐의에 대한 사실적 근거가 존재하는 경우에도 마찬가지가 적용된다.

481) 제5조(요건) ① 국제적인 전기통신관계에 대하여는 포괄적으로 전송이 이루어지는 한에서, 제1조에 따른 제한조치가 연방정보국의 신청에 의하여 명령될 수 있다. 각 전기통신관계는 제10조 제1항에 따라 권한 있는 연방장관에 의하여 의회 통제기관의 동의를 얻어 결정된다.

482) https://www.gesetze-im-internet.de/bverfschg/BJNR029700990.html (최종검색 2020.06.20.)

관한 정보를 무상으로 제공받을 수 있게 되었다. 물론 이러한 정보의 취득은 연방헌법보호청 장관 또는 그 대리의 직에 있는 자의 신청에 따라 행해져야 한다. 그리고 관련 신청은 우편 및 전기통신 비밀의 제한에 관한 법률(Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz - G10))에 따라 설치된 - 독일 기본법 제10조 제2항[483]에서 규정하는 - 심사위원회(G10-Kommission)[484]에 보고하여야 한다.[485]

(3) 연방정보국에 관한 법률

연방정보국은 연방헌법보호청과 군사방첩국 이외에 연방차원의 정보수집·가공·처리 등을 담당하는 정보기관이며 독일 내 유일한 국외정보 담당기관이다.[486] 연방정보국은 「연방정보국에 관한 법률(Gesetz über den Bundesnachrichtendienst: BND G)[487]」에 근거하여 그 임무 및 권한 등을 행사한다.

연방정보국은 다음에 열거한 목적을 위해서 필요한 경우에는 연방헌법보호법 제8조a 및 8조b의 규정[488]에 따라 정보제공을 요구할 수 있다(연방정보국법 제3조 제1항[489]). 이에 따르면 ① 제1조 제2항에 규정하는 임무 수행을 위한 경우, ② 연방정보

---

483) § 10 Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis
① Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich.
② Beschränkungen dürfen nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Dient die Beschränkung dem Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes, so kann das Gesetz bestimmen, daß sie dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und daß an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt.

484) 심사위원회의 자격, 구성, 임무 등에 대해서는 「Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel10-Gesetz - G10)」제15조에 자세하게 규정돼 있다.

485) https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/gesetztestexte/Terrorismusbekaempfungsgesetz_pdf.pdf;jsessionid=0AC19DD69A0A EFD50DD606C697074F1B.1_cid364?__blob=publicationFile&v=1 (최종검색 2020.06.20.)

486) http://www.bnd.bund.de/DE/Startseite/startseite_node.html (최종검색 2020.06.20.)

487) https://www.gesetze-im-internet.de/bndg/index.html (최종검색 2020.06.20.)

488) 연방헌법보호법 제8조a는 자유민주적 기본질서나 국가의 치안에 있어서 중대한 위험이 있고, 정보의 수집 및 분석을 위해서 필요한 경우에 연방헌법보호청은 통신사업자로부터 가입자의 정보를 취득할 수 있고, 또한 항공기나 금융기관으로부터 고객의 정보를 취득할 수 있는 것을 규정하고, 제8조b는 이를 위한 절차를 규정하고 있다.

489) § 3 Besondere Auskunftsverlangen
① Der Bundesnachrichtendienst darf Auskünfte entsprechend den §§ 8a und 8b des Bundesverfassungsschutzgesetzes einholen, soweit dies im Einzelfall erforderlich ist

국의 직원, 시설, 물건 또는 정보제공자의 안전을 위협하는 활동 또는 비밀활동을 보호하기 위한 경우이다.

연방정보국은 제1조 제2항에 규정하는 임무의 수행에 필요한 경우에 한해서 연방헌법보호법 제8조d의 규정[490]에 따라 통신서비스사업자 또는 통신서비스에 대한 협력사업자로부터 통신법 제95조 및 제111조에 따라 수집한 데이터에 관한 정보 제공을 요구할 수 있다(연방정보국법 제4조[491]). 또한 연방정보국은 그 임무의 수행을 위하여 개인정보를 포함한 정보가 비밀리에 입수할 필요가 있다는 것이 추정되는 사실에 의해 정당화되는 경우에는 연방헌법보호법 제8조 제2항에 규정[492]하는 수단을 이용할 수 있다(연방정보국법 제5조[493]).

(가) 국외 정보 수집

연방정보국은 다음의 목적을 위하여 필요한 경우에는 그 임무의 수행을 위해서 기술적 수단을 이용하여 국외 외국인의 통신이 행해지는 통신망으로부터 개인정보를 포함한 정보를 수집 및 처리할 수 있다(연방정보국법 제6조 제1항[494]). 여기에는 ①

---

1. zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 1 Absatz 2 oder
2. zum Schutz seiner Mitarbeiter, Einrichtungen, Gegenstände oder Quellen gegen sicherheitsgefährdende oder geheimdienstliche Tätigkeiten

490) 연방헌법보호법 제8조d는 연방헌법보호청이 그 임무의 수행에 필요한 경우에는 통신서비스사업자에게 정보 제공을 요구할 수 있는 규정이다.

491) § 4 Weitere Auskunftsverlangen Soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben des Bundesnachr-ichtendienstes nach § 1 Absatz 2 erforderlich ist, darf von demjenigen, der geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, Auskunft über die nach den §§ 95 und 111 des Telekommunikationsgesetzes erhobenen Daten entsprechend § 8d des Bundesverfassungsschutzgesetzes verlangt werden.

492) 연방헌법보호법 제8조 제2항에 규정하는 수단은 협력자, 녹음, 녹화 등의 비밀수단이다.

493) § 5 Besondere Formen der Datenerhebung : Der Bundesnachrichtendienst darf zur heimlichen Beschaffung von Informationen einschließlich personenbezogener Daten die Mittel gemäß § 8 Abs. 2 des Bundesverfassungsschutzgesetzes anwenden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß dies zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Die §§ 9, 9a und 9b des Bundesverfassungsschutzgesetzes sind entsprechend anzuwenden.

494) § 6 Voraussetzungen für die Verarbeitung von Daten : Der Bundesnachrichtendienst darf zur Erfüllung seiner Aufgaben vom Inland aus mit technischen Mitteln Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen, über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt (Telekommunikationsnetze), verarbeiten (Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung), wenn diese Daten erforderlich sind, um
1. frühzeitig Gefahren für die innere oder äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland erkennen und diesen begegnen zu können,
2. die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland zu wahren oder

독일연방공화국의 치안 또는 대외적인 안전에 대한 위험을 조기에 발견하여 이에 대한 대처를 가능하게 하는 경우, ② 독일연방공화국의 외교력을 유지하기 위한 경우, ③ 연방수사청이 외무부, 연방내무부, 연방방위청, 연방경제·에너지청 및 연방경제협력·개발청과 협의하여 그 종류와 범위를 정한 건에 대해 외교 및 안전 보장 정책상의 중요한 다른 지식을 얻기 위한 경우 등이 해당된다.

(나) 국외 정보 이용

연방정보국이 통신 정찰 수단을 이용하여 국외에서 수집된 데이터의 처리 및 이용에 제6조 제1항 제1문 및 제3항부터 제6항까지의 규정을 준용하고, 연방정보국은 제6조 제3항에 규정하는 요건을 충족하는 경우에 한하여 외국의 공공 기관에 대해 유럽연합의 시설, 그 회원국의 공공기관 또는 유럽연합의 시민을 대상으로 한 국외의 데이터를 요청할 수 있다(연방정보국법 제7조[495]).

나. 감시 관련 수사

(1) 감시수사의 유형

감시수사에 있어서 독일 형사소송법은 ① 기술적 수단을 이용한 감시 수사(100조h), ② 장기 감시(제163조f)로 나누어 규정하고 있다.\

(가) 기술적 수단을 이용한 감시 수사

독일에서 GPS 수사는 그 기간에 불구하고 제100조h에서 규정하는 요건을 충족해야

---

3. sonstige Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung über Vorgänge zu gewinnen, die in Bezug auf Art und Umfang durch das Bundeskanzleramt im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt, dem Bundesministerium des Innern, dem Bundesministerium der Verteidigung, dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und dem Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung bestimmt werden.

495) § 7 Weitere Verarbeitung der vom Ausland aus erhobenen Daten
① Für die weitere Verarbeitung der vom Bundesnachrichtendienst mit Mitteln der Fernmeldeaufklärung vom Ausland aus erhobenen Daten gilt § 6 Absatz 1 Satz 1, Absatz 3 bis 6 entsprechend.
② Eine gezielte Erfassung von Einrichtungen der Europäischen Union, von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedstaaten oder von Unionsbürgerinnen oder Unionsbürgern durch ausländische öffentliche Stellen vom Ausland aus darf durch den Bundesnachrichtendienst nur unter den Voraussetzungen des § 6 Absatz 3 veranlasst werden.

한다. 제100조h 제1항은 “사안의 해명 또는 피의자의 소재 발견이 다른 방법으로는 달성할 가망이 불투명하거나, 또는 곤란할 때”에는 대상자에게 알리지 않고 주택 밖에서 사진촬영(제1항 제1호)과 “감시를 목적으로 하는 다른 기술적 수단”을 사용하는 것(제1항 제2호)을 할 수 있다고 규정하고 있다. 여기에서 GPS 기술은 제1항 제2호의 기술적 수단에 해당한다. 또한 제2호의 다른 기술적 수단의 사용은 “수사의 대상이 중대한 범죄일 경우에 한해서 허용된다”고 요건이 가중되어 있다.

(나) 장기 감시

장기 감시를 할 경우에는 감시 장비의 사용 여부에 관계없이 제163조f[496]의 요건을 충족해야 하고, 이 경우에는 판사의 결정이 필요하다. 제163조f 제1항에서 중대한 범죄가 행해진 것에 대해 충분한 사실상 근거가 있는 경우에는 장기적인 계획으로 감시를 할 수 있다. 장기 감시는 “다른 방법에 의해서 사안을 해명하거나 피의자의 행방을 탐지하는 것의 성공 전망이 상당히 부족하거나 실질적으로 곤란한 경우에만 명한다”고 규정하고 있고, 제3자를 대상으로 하는 경우에는 더욱 요건이 엄격해 진다(제163조f 제1항 후단).

(2) GPS 수사

(가) 강제처분

독일에서는 GPS 수사와 같은 감시 장비를 사용하여 테러행위자를 감시하는 경우에 있어서의 수사는 독일기본법에서 보장되는 일반적 인격권에 대한 제약을 수반하기

496) § 163f Längerfristige Observation
① Liegen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen worden ist, so darf eine planmäßig angelegte Beobachtung des Beschuldigten angeordnet werden, die
1. durchgehend länger als 24 Stunden dauern oder
2. an mehr als zwei Tagen stattfindensoll (längerfristige Observation).Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert wäre. Gegen andere Personen ist die Maßnahme zulässig, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie mit dem Täter in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, dass die Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies auf andere Weise erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert wäre.

때문에 강제처분에 해당하게 된다. 검찰과 경찰은 형사소송법 제161조 및 제163조에 따라 비교적 중요하지 않은 권리의 침해를 수반하는 처분에는 포괄적으로 수사의 권한을 부여받고 있지만, 강제처분을 실시하는 경우에는 법률상의 근거를 필요로 한다. GPS 수사를 실시하는 법적 근거는 제100조h[497] 제1항 제2호에 규정된 '감시를 목적으로 하는 기술적 수단(sonstige besondere für Observationszwecke bestimmte technischer Mittel)'이라고 연방법원은 해석하고 있다.[498]

(나) 연방헌법재판소 판결

GPS 수사의 합헌성에 대해 2005년 연방헌법재판소 판결[499]은 당해 수사가 다른 감시 방법과 결합됨으로써 인격의 포괄적인 감시를 가져올 경우에는 정보자기결정권을 침해할 우려가 있는 것으로 보았다. 이 판결에 따라 2008년에 신설된 형사소송법 제100조h는 ① 보충성의 원칙을 충족시키고, ② 감시만을 목적으로 하는 경우, ③ 중대한 범죄를 대상으로 하는 경우에 한한다는 것을 요건으로 GPS 수사를 허용하였다.

(3) 통신데이터 수집권의 강화

(가) 2008년 Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt 개정

국제테러대책 강화를 위해 연방형사청에 새로운 임무를 부여하고, 그 권한을 확장하는 것을 주요 내용으로 하는 법률 「Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt(연방형사청에 의한 국제테러리즘의 위험 방지에 관한 법률)이 2008년 12월 31일에 공포되고, 이듬해 2009년 1월 1일부터 시행되었다.[500] 이 법은 기존 각 주의 경찰당국에 부여된 국제테러리즘의

---

497) § 100h Weitere Maßnahmen außerhalb von Wohnraum
① Auch ohne Wissen der Betroffenen dürfen außerhalb von Wohnungen
1. Bildaufnahmen hergestellt werden,
2. sonstige besondere für Observationszwecke bestimmte technische Mittel verwendet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten auf andere Weise weniger erfolgversprechend oder erschwert wäre. Eine Maßnahme nach Satz 1 Nr. 2 ist nur zulässig, wenn Gegenstand der Untersuchung eine Straftat von erheblicher Bedeutung ist.

498) BGHSt 46, 266

499) BVerfGE 112, 304

위험을 방지할 권한을 일정한 요건 하에 연방형사청에 부여하고, 그 임무수행의 수단으로 대상자의 컴퓨터에 침입하여 그 안에 있는 정보를 취득하는 온라인 수색을 할 수 있는 권한 및 래스터수사(Rasterfahndung)라는 포괄적인 전자 개인 정보 열람 권한, 그리고 정보 기술 시스템을 이용하여 주거 및 통신 모니터링 등을 할 수 있는 권한 등 정보 기술의 진전에 따른 새로운 수사 수단을 이용하는 권한을 포함한 제반 권한 및 그 행사의 조건에 대한 규정을 주요 내용으로 하고 있다.[501]

(나) 데이터 수집의 특별한 수단

제20g조[502]에서 연방형사청은 위험의 방지 또는 범죄의 예방을 다른 방법으로는

---

500) BGBl. I S. 3083

501) 김현우, "독일의 테러대책에 대한 검토", 한국테러학회보 제11권 제3호, 2018, 202면.

502) § 20g Besondere Mittel der Datenerhebung

① Das Bundeskriminalamt kann personenbezogene Daten mit den besonderen Mitteln nach Absatz 2 erheben über

1. den entsprechend § 17 oder § 18 des Bundespolizeigesetzes Verantwortlichen oder entsprechend den Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 des Bundespolizeigesetzes über die dort bezeichnete Person zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Staates oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist,
2. die Person, bei der Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 begehen wird, oder
3. eine Kontakt- oder Begleitperson, wenn die Abwehr der Gefahr oder die Verhütung der Straftaten auf andere Weise aussichtslos ist oder wesentlich erschwert wäre. Die Maßnahme kann auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

② Besondere Mittel der Datenerhebung sind

1. die planmäßig angelegte Beobachtung einer Person, die durchgehend länger als 24 Stunden dauern oder an mehr als zwei Tagen stattfinden soll (längerfristige Observation),
2. der Einsatz technischer Mittel außerhalb von Wohnungen in einer für den Betroffenen nicht erkennbaren Weise,

a. zur Anfertigung von Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen von Personen oder Sachen, die sich außerhalb von Wohnungen befinden, oder
b. zum Abhröen oder Aufzeichnen des außerhalb von Wohnungen nicht öffentlich gesprochenen Wortes,

3. sonstige besondere für Observationszwecke bestimmte technische Mittel zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Bestimmung des Aufenthaltsortes einer in Absatz 1 genannten Person,
4. der Einsatz von Privatpersonen, deren Zusammenarbeit mit dem Bundeskriminalamt Dritten nicht bekannt ist (Vertrauensperson), und
5. der Einsatz eines Polizeivollzugsbeamten unter einer ihm verliehenen und auf Dauer angelegten Legende (Verdeckter Ermittler).

기대할 수 없고, 또는 본질적으로 곤란해지는 경우에는 특별한 수단으로 국가의 존립이나 안전 또는 개인의 신체, 생명 혹은 자유 또는 중요한 가치를 갖는 것으로 그 유지가 공익에 필요한 것에 대한 위험을 방지하기 위해 연방경찰법 제17조 또는 제18조의 규정에 준하는 책임자 또는 연방경찰법 제20조 제1항에 규정하는 자, 제4a조 제1항에 규정된 범죄를 행할 우려가 있다고 추정을 정당화하는 사실이 있는 자 등의 개인 정보를 수집할 수 있다고 규정하였다(제20g조 제1항). 또한 데이터 수집의 특별한 방법으로 사람에 대한 장기 모니터링(제20g조 제2항 제1호), 대상자가 인식할 수 없는 방식으로 가정 밖에서 기술적 수단을 사용(제20g조 제2항 제2호), 연방형사청과의 협력 활동이 타인에게 알려지지 않은 비밀연락원(제20g조 제2항 제4호) 등이 규정되었다.[503]

(다) 래스터수사(Rasterfahndung)

라스터-수사(Rasterfahndung)란 '다양한 기관에 보존된 개인데이터를 수집해서 전자적으로 조합(照合)함으로써 특정한 표지(標識)에 해당되는 인물을 적출하는 수사방법'을 말한다.[504] 제20j조[505]에서 연방형사청은 상당히 중요한 법익에 대한 위험을 방지하기 위해 다른 보유 데이터와의 자동 매칭을 목적으로 공공 및 민간 기관(연방 및 주 헌법수호기관, 군사첩보국과 연방정보국 제외)에 대해 데이터 파일 중에서 특정 그룹의 개인데이터의 전달을 요구할 수 있다(제20j조 제1항). 또한 데이터 전송 요구 및 제공된 데이터 사용의 제한(제2항), 목적 달성 후 데이터 삭제(제3항) 등이 규정되어 있다.[506]

---

503) https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/gesetztestexte/gesetztesentwuerfe/BKAG_Aenderung.html (최종검색 2020.06.22.)

504) 컴퓨터(자료검색체계)를 이용한 범인 수배, 데이터뱅크여과수사 등으로 번역되기도 한다.

505) § 20j Rasterfahndung

① Das Bundeskriminalamt kann von öffentlichen oder nichtöffentlichen Stellen die Übermittlung von personenbezogenen Daten von bestimmten Personengruppen aus Dateien zum Zwecke des automatisierten Abgleichs mit anderen Datenbeständen verlangen, soweit dies zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Staates oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhalt im öffentlichen Interesse geboten ist, erforderlich ist; eine solche Gefahr liegt in der Regel auch dann vor, wenn konkrete Vorbereitungshandlungen die Annahme rechtfertigen, dass eine Straftat nach § 4a Abs. 1 Satz 2 begangen werden soll. Von den Verfassungsschutzämtern des Bundes und der Länder, dem Militärischen Abschirmdienst sowie dem Bundesnachrichtendienst kann die Übermittlung nach Satz 1 nicht verlangt werden.

506) https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/gesetztestexte/gesetztesentwuerfe/BK

(라) 온라인 수색

온라인-수색(Online-Durchsuchung)이란 비밀리에 정보기술시스템에 침입해서 정보를 취득하는 것을 말하며, 2008년 12월 18일에 연방의회가 합동협의회의 성안(成案)을 가결했고[507], 같은 달 19일에 연방참의원이 이에 동의했다.[508] 그와 같이 성립된 법률은 12월 25일에 연방대통령의 서명을 거쳐 12월 31일에 공포되고, 2009년 1월 1일부터 시행되었는데, 성안(成案)은 연방의회의결안에 대해 다음과 같이 수정을 가하는 것을 내용으로 하는 것이었다. ① 온라인-수색(Online-Durchsuchung)에 관해서는, 긴급의 경우에 있어서도 예외 없이 법관이 영장을 필요로 할 것, ② 온라인-수색(Online-Durchsuchung)에 의해 얻어진 데이터의 연방형사청(BKA) 수탁자에 의한 검사에 관해서도 영장법원의 지휘에 따를 것, ③ 연방형사청(BKA)의 권한의 명확화이다.

2016년 연방형사청법 제20조k(온라인 수색)는 연방헌법재판소의 심판대상이 되었는데, 헌법불합치판단이 내려졌고, 입법자는 2018년 6월 30일까지 해당 규정들을 개정해야 했다. 이에 따라 독일 형사소송법은 제100조b[509]에서 온라인 수색에 대한 규정을 두었다. 제100조b의 온라인 수색 규정은 제1항부터 제4항까지 규정하고 있는데, 제1항은 "대상자가 이를 알지 못하더라도 대상자가 이용하는 정보기술시스템에 침입할 수 있고, 그곳으로부터 정보를 수집할 수 있다"고 규정하고, 그 전제조건으로 ① 특정 사실이 누군가가 동조 제2항에 기재된 특히 중한 범죄를 정범 혹은 공범으로 범했거나, 미수가 처벌되는 경우에는 실행에 착수하였다는 근거가 되는 사실이 있는 경우(제1호), ② 그 범행이 개별 사례에서도 특히 중한 경우(제2호), ③ 사실관계 조사 및 피의자 소재파악에 대한 수사가 다른 방식으로는 현저히 어렵거나 불가능할 것으

AG_Aenderung.html (최종검색 2020.07.03.)

507) Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll, 16/196. p.21174.

508) Bundesrat, Plenarprotokoll, 853, p.454.

509) § 100b Online-Durchsuchung

① Auch ohne Wissen des Betroffenen darf mit technischen Mitteln in ein von dem Betroffenen genutztes informationstechnisches System eingegriffen und dürfen Daten daraus erhoben werden (Online-Durchsuchung), wenn

1. bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine in Absatz 2 bezeichnete besonders schwere Straftat begangen oder in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen versucht hat,
2. die Tat auch im Einzelfall besonders schwer wiegt und
3. die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre.

로 예상되는 경우(제3호)를 규정하고 있다. 제2항은 제1항에서 규정한 중한 범죄를 형법, 망명절차법, 외국인체류법, 마약류법, 전쟁무기 통제에 관한 법률, 국제형법, 무기법으로 나누어서 규정하고 있다.

그리고 동법 제20k조[510]에서 연방형사청은 ① 개인의 신체, 생명 또는 자유, ② 상당히 중요한 공공재 중 하나에 대한 위험이 있다는 추정이 일정한 사실에 의해 정당화되는 경우에는 대상자에게 통지 없이 기술적 수단에 의해 대상자가 사용하는 정보기술 시스템에 침입하여 데이터를 수집하는 것이 허용된다. 또한 조치가 이루어지지 않으면 가까운 장래에 피해의 발생에 대한 충분한 개연성이 아직 확인되지 않은 경우에도 위의 법익 중 하나에 대해 특정 사람들에 의해 개별적으로 발생시킬 절박한 위험을 일정한 사실이 나타내는 때에도 마찬가지이다(제20k조 제1항)라고 규정하고 있다. 이어서 기술적 요구 사항(제2항), 기술적 수단의 사용에 관련된 기록 및 기록 데이터의 사용 및 삭제(제3항), 대상자(제4항) 등에 관한 규정이 마련되었다.[511]

---

510) § 20k Verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme
① Das Bundeskriminalamt darf ohne Wissen des Betroffenen mit technischen Mitteln in vom Betroffenen genutzte informationstechnische Systeme eingreifen und aus ihnen Daten erheben, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Gefahr vorliegt für
1. Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder
2. solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Eine Maßnahme nach Satz 1ist auch zulässig, wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass ohne Durchführung der Maßnahme in näherer Zukunft ein Schaden eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall durch bestimmte Personen drohende Gefahr für eines der in Satz 1 genannten Rechtsgüter hinweisen. Die Maßnahme darf nur durchgeführt werden, wenn sie für die Aufgabenerfüllung nach § 4a erforderlich ist und diese ansonsten aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.
② Es ist technisch sicherzustellen, dass
1. an dem informationstechnischen System nur Veränderungen vorgenommen werden, die fü die Datenerhebung unerlässlich sind, und
2. die vorgenommenen Veränderungen bei Beendigung der Maßnahme soweit technisch möglich automatisiert rükgängig gemacht werden.
Das eingesetzte Mittel ist nach dem Stand der Technik gegen unbefugte Nutzung zu schützen. Kopierte Daten sind nach dem Stand der Technik gegen Veränderung, unbefugte Löschung und unbefugte Kenntnisnahme zu schützen.

511) https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/gesetztestexte/gesetztesentwuerfe/BKAG_Aenderung.html (최종검색 2020.09.15.)

다. 소결

독일 연방형사청(BKA)은 현저히 중요한 법익에 대한 급박한 위험의 방지를 위해, 그 위험의 방지가 다른 방법에 의해서는 기대될 수 없거나 극히 곤란한 경우에는 주거의 내부 또는 외부에서 기술적 수단을 비밀 사용함으로써 비공개로 행해진 책임자 등의 대화를 청취하거나 기록하거나 대상자를 촬영하거나 그에 관해 영상기록을 작성할 수 있다(제46조 제1항). 이와 관련해서, 감시가 허용되는 주거의 범위(제2항), 법원에 의한 유보, 즉 사법적(司法的) 통제(제3항), 영장의 기재사항(제4항), 사적(私的) 생활형성의 중핵영역의 보호(제5항)에 관한 규정이 마련되어 있다.

일정한 전기통신설비에 보존된 데이터를 대상으로 하는 통신감청의 경우는 실시간으로 전송중인 데이터를 대상으로 하는 감청의 경우와 마찬가지로 법익침해의 내실을 가지는 것이라고 평가될 수 있는 점에서 감청영장에 의해 규제하는 것이 타당하다고 생각되는데, 그렇지 않은 경우, 즉 실시간 감청의 실질을 가지지 않는 경우 조차도 감청영장을 요한다고 보는 것은 수사에 대한 과잉규제가 되는 것은 아닌지가 문제된다.

3. 프랑스

가. 감시 관련 법제도

일반적으로 프랑스의 압수·수색은 형사소송법 제59조에 의하여 21시 이후 6시 까지 야간에는 인정되지 않는다. 그러나 테러를 포함한 제706-73조의 범죄에 관해서는 현행범 수사, 예비 수사의 필요에 따라 대심재판소 판사는 야간 압수·수색, 증거물의 압수를 허가할 수 있다(제706-89조, 제706-90조). 예심의 필요에 따라 예심 판사뿐만 아니라 야간 압수·수색, 증거 물건의 압수를 사법경찰관에게 허가할 수 있다(제706-91조). 또한 일반적으로 원거리 통신 수단에 의한 통신의 감청, 녹취, 전송은 2년 이상의 징역형이 부과되는 범죄를 대상으로 예심에서 예심 판사의 허가에 의해서만 인정되고 있다(제100조). 이에 대해 테러 범죄를 포함한 제706-73조의 범죄에 관해서는 현행범 수사 또는 예비 수사의 필요에 따라 대심재판소 판사는 원거리 통신 수단에 의한 통신의 감청, 녹취, 전송을 서면으로 허가할 수 있다(제709-95조).

나. 국가안보법원

(1) 설립의 배경

프랑스의 국가안보법원(Cour de sûreté de l'État)은 1963년에 설립되어 1981년에 폐지된 특수법원(Juridicition d'exception)[512]이다. 국가안보법원은 간첩활동(espionnage)이나 테러활동(terrorisme)과 같은 국가의 대내적·대외적 안보를 위협하는 범죄행위에 대한 재판을 담당하는 법원이었다. 이 법원의 설립은 프랑스의 알제리 식민지 지배(1830-1962) 및 알제리 전쟁(Geurre d'Algérie, 1954-1962)과 관계가 깊다. 이러한 배경 속에서 국가 안보에 대한 위협에 대응하고자 1963년 국가안보법원이 설립되었지만, 1981년 프랑스 제5공화국에서 프랑수아 미테랑(François Mitterrand)이 최초로 사회당 후보로서 대통령에 당선되면서 국가안보법원이 폐지되었다. 이하에서는 국가안보법원의 설립 배경과 그 구성 및 권한에 대하여 검토해보고, 폐지에 이르는 과정에 대하여 살펴보고자 한다.

프랑스에서 국가 안보를 이유로 하는 형사 관할 특수법원의 역사는 매우 깊다고 할 수 있다. 이미 1535년에는 프랑스 국왕 프랑수아 1세(François 1er)가 개신교도를 처벌하기 위하여 '화형재판소(Chambre ardente)' 법원을 설립하였고, 대혁명 직후인 1793년에는 '혁명재판소(Tribunal révolutionnaire)'가 설치되기도 하였다. 제2차 세계대전 중에는 나치 독일의 괴뢰국이었던 비쉬 프랑스(régime de Vichy)는 1941년 공산주의자와 무정부주의자들을 처벌하기 위하여 각 항소법원 내에 '특별재판부(sections spéciales)'를 설치하였으며, 1945년 해방 후에는 '고등사법법원(Haute Cour de justice)'에서 나치 독일에 협력한 민족반역세력에 대한 재판이 이루어지기도 하였다.

1830년부터 시작된 프랑스의 알제리 식민 지배는 제2차 세계대전 이후에도 종료되지 않았기 때문에 알제리에서는 독립운동이 진행되었고, 급기야 1954년부터는 알제리 독립운동 세력과 프랑스 사이의 전쟁이 발생하였다. 1958년 프랑스에서 제5공화국이 수립되어 샤를 드골(Charles De Gaulle)이 대통령으로 취임하였는데, 드골은 1961년 들어 알제리의 독립을 추진하기 시작하였다. 그러나 프랑스 군부 내의 극우 세력은

512) 직역하면 예외법원이다.

알제리의 독립을 반대하였고, 급기야 1961년 초에는 '육군비밀결사대(OAS, Organisation de l'armée secrète)'를 조직하여 프랑스 본토와 알제리에서 연이은 테러 활동을 진행하였다. 대표적으로 육군비밀결사대는 1961년 6월 18일 파리발 스트라스부르행 열차에 폭탄 테러를 감행하여 28명의 사망자와 170명의 부상자를 발생시켰고, 1962년 5월 2일에는 알제항(Port d'Alger)에서 폭탄을 실은 차량으로 테러를 일으켜 200명의 사망자와 250명의 부상자를 발생시킨 바 있다.

드골은 알제리의 독립에 반대하는 군부 내의 극우 세력을 처단하고자 1961년 4월과 5월 각각 '고등군사재판소(Haute Tribunal militaire)'와 '군사재판소(Tribunal militaire)'를 파리 지역에 설치하였다. 이 두 재판소는 주로 군사 반란 행위와 육군비밀결사대의 구성원에 대한 재판권을 행사하였다. 그러나 1962년 5월 24일 육군비밀결사대의 수장이었던 라울 살랑(Raoul Salan) 장군에 대한 재판에서 고등군사재판소가 사형이 아닌 종신형을 선고하자 그로부터 이틀 후 드골 대통령이 이 재판소를 해산시키고, 1962년 6월 1일 '군사사법법원(Cour militaire de justice)'을 설치하였다. 그러나 프랑스에서 최고행정법원의 역할을 하는 국사원(Conseil d'État)은 드골 대통령이 제정한 '군사사법법원을 설치에 관한 1962년 6월 1일 제62-618호 오르도낭스(ordonnance)'[513]가 단심제의 군사사법법원을 설치함으로써 피고인의 모든 불복제도를 배제하는 형사법상의 일반원칙을 침해하는 위법한 행정입법에 해당한다고 결정하였다.[514] 그 결과로 군사사법법원이 판결은 모두 무효화가 되었고, 육군비밀결사대의 구성원과 같이 국가 안보를 위협하는 범죄 혐의로 기소된 자들에 대하여 정치적 재판을 하지 못하게 될 것이라는 우려가 제기되었다.

이러한 상황을 최대한 빠르게 해결하고자 1963년 1월 15일 '국가안보법원(Cour de sûreté de l'État)'의 설립과 관계되는 두 개의 법률이 제정되었다. 그 첫 번째 법률은 '국가 안보를 위협하는 범죄를 진압하기 위한 형사소송법전의 수정 및 보완에 관한 1963년 1월 15일 제63-22호 법률'이고,[515] 두 번째 법률은 '형사소송법전 제698

---

513) Ordonnance n° 62-618 du 1er juin instituant une Cour militaire de justice, JORF du 2 juin 1962, p. 5316.

514) C. E,, 19 octobre 1962, Canal, Rubin et Gonod, Req. n° 58502.

515) Loi n° 63-22 du 15 janvier 1963 modifiant et complétant le code de procédure pénale en vue de la répression des crimes et délits contre la sûreté de l'État, JORF du 16 janvier 1963, p. 507.

조에 따라 설립되는 국가안보법원의 구성, 운영규칙, 절차를 규정하는 1963년 1월 15일 제63-23호 법률'[516]이다. 전자의 법률은 형사소송법전 제698조 등을 개정하여 평시(en temps de paix)에 있어서 프랑스 영토 내에서 발생하는 국가의 안보를 위협하는 중죄(crimes)와 경죄(délits)에 대한 재판 관할을 담당하는 국가안보법원을 설립하였고, 그 구성, 운영규칙, 절차 등에 관하여는 후자의 법률의 규정에 따르도록 하였다.

(2) 구성 및 권한

'형사소송법전 제698조에 따라 설립되는 국가안보법원의 구성, 운영규칙, 절차를 규정하는 1963년 1월 15일 제63-23호 법률'은 제1조에서 국가안보법원이 법원장(premier président)에 의하여 주재되고, 하나의 상설재판부(chambre de jugement permanente)와 하나의 상설수사감독부(chambre de contrôle de l'instruction permanente)에 의해 구성이 되며, 필요한 경우에는 데크레(décret)로써 임시부(chambres temporaires)를 설치할 수 있도록 규정하였다. 상설재판부의 경우에는 1명의 재판장과 4명의 재판관(conseillers)에 의해 구성이 된다. 이 때 법원장이 재판관이 되고, 2명의 직업법관(magistrats du siège)과 2명의 장성급 또는 영관급 장교(officiers généraux ou supérieurs). 상설수사감독부는 1명의 재판장과 2명의 재판관에 의해 구성이 되는데, 이는 모두 직업법관이다. 또한 동법 제4조는 국가안보법원이 한 명의 검사장(procureur général)과 이를 보좌하는 2명의 검사(avocats généraux)를 두도록 규정하고 있다.

'국가 안보를 위협하는 범죄를 진압하기 위한 형사소송법전의 수정 및 보완에 관한 1963년 1월 15일 제63-22호 법률' 제1조가 형사소송법전 제698조를 개정하여 국가안보법원으로 하여금 국가의 안보를 위협하는 중죄와 경죄에 대한 재판의 권한을 부여하였는데, 그 구체적 관할에 해당하는 범죄의 내용은 다음과 같다.

---

516) Loi n° 63-23 du 15 janvier 1963 fixant la composition, les règles de fonctionnement et la procédure de la Cour de sûreté de l'État instituée par l'article 698 du code de procédure pénale, JORF du 16 janvier 1963, p. 508.

형사소송법전 제698조 제2항 - 국가안보법원의 관할이 되는 중죄 또는 경죄는 다음과 같다.
a) 국가의 안보를 위협하는 중죄 또는 경죄
b) 사설군대에 관한 1936년 1월 10일 법률에 의해 규정되고 억제되는 경죄와 그에 관계되는 경죄
c) 국가의 기관을 불법적인 기관으로 대체하려는 개인적 또는 집단적 계획과 관련이 있는 경우에 있어서의 다음에 열거된 중죄와 경죄 및 그와 관련된 공모와 위반의 행위
1. 군율에 반하는 중죄와 경죄
2. 군사 반란
3. 소요의 발생 또는 참가
4. 형법전 제61조 제1항 및 제265조 내지 제267조가 규정하는 범죄 단체의 결성 또는 그 방조 및 은닉 행위
5. 철도 경찰에 관한 1845년 7월 16일 법률 제16조 및 제17조에 규정된 테러 행위
6. 교통 순환에 대한 방해 행위
7. 전쟁 물자, 무기 또는 탄약, 폭발물의 거래, 제조, 소지, 금지된 무기의 휴대, 무기와 탄약의 운반, 수입 또는 수출
8. 형법전 제231조 내지 제233조가 규정하는 폭력 행위
9. 고의적 살인 및 고의적 독살, 폭행 및 상해
10 형법전 제305조 내지 제307조가 규정하는 협박과 공갈
11. 사람에 대한 불법적 체포 및 감금
12. 형법전 제434조 내지 제437조가 규정하는 고의적 방화, 손괴, 협박
13. 형법전 제440조가 규정하는 약탈과 소동
14. 우편·통신법전 제L.66조 내지 제L.68조가 규정하는 중죄 및 경죄
15. 절도, 사기, 신뢰의 남용, 강요 및 은닉
16. 국외의 선전 활동의 억제에 관한 1939년 4월 21일 데크레법률(décret-loi)과 국외로부터 유입되는 전단(삐라)의 배포와 전파의 억제에 관한 1939년 6월 24일 데크레법률이 규정 및 처벌하고 중죄
17. 단체결성계약에 관한 1901년 7월 1일 개정법률이 규정 및 처벌하는 중죄

한편, '형사소송법전 제698조에 따라 설립되는 국가안보법원의 구성, 운영규칙, 절차를 규정하는 1963년 1월 15일 제63-23호 법률' 제15조는 국가안보법원의 관할에 속하는 중죄와 경죄에 대한 심리와 소추에 관하여는 형사소송법전 등이 정하는 일반 절차가 직접 적용되도록 하고 있다. 다만, 동법이 규정하는 특별한 규정이 있는 경우에는 특별 절차가 적용된다. 특히, 동법 제16조는 국가안보법원의 관할에 속하는 범죄를 행한 피의자에 대한 긴급체포(garde à vue)와 관련된 특별한 절차를 마련하였다.

긴급체포는 형사소송법전 제63조, 제77조, 제154조에 규정된 절차인데, 본 법률은 이에 관하여 48시간의 기한을 정하고 있다. 그러나 국가안보법원 소속의 검사는 형사소송법전 제63조 및 제77조가 규정한 바에 따라, 또한 수사판사(juge d'instruction)는 형사소송법전 제154조에 따라 서면의 허가로써 5일의 기간 동안 이를 연장할 수 있다.

이렇게 5일 연장된 긴급체포의 경우에도 수사에 있어서 필요한 경우에는 동일한 절차에 따라 한 차례 더 연장될 수 있는데, 이때에는 긴급체포의 총 기간이 10일을 초과할 수 없다.

(3) 국가안보법원의 폐지

프랑스의 국가 안보 확보를 위한 조치는 특별법체계 하에서 실시되는 것이 아니라, 1981년 8월 4일 법률 이후 일반법의 틀에서 규정되어 있다. 1981년 봄 대선에서 다섯 번째 공화정 아래 최초의 사회당의 대통령이 된 미테랑은 이 법에 따라 국가공안법원을 폐지했다. 국가공안법원은 알제리 전쟁을 배경으로 파리 샤를 드골(Charles de Gaulle) 장군 아래에서 인정되었던 한시적인 특별 재판소의 대안으로 1963년 1월 15일의 여러 법률에 의해 창설된 기관이었다. 3명의 판사와 2명의 고급 장교로 구성되어 간첩 및 테러 행위 등 평화시에 국내외의 안전을 위협하는 범죄를 심판할 권한을 인정하였다.

1981년 프랑수아 미테랑이 프랑스 제5공화국 최초의 사회당 정권 대통령으로 취임하였다. 미테랑 대통령은 1964년에 출판된 자신의 저서 '영구적 쿠데타(Le Coup d'État permanent)'에서 이미 국가안보법원에 대한 강도 높은 비판을 하기 시작하였다.[517] 특히, 국가안보법원이 드골주의자의 정치적 목적을 위해 활용되고, 또한 국가안보법원의 재판부에 법관의 자격이 없는 군인이 재판관으로 참석하는 등에 대하여 비판이 제기되었다. 미테랑 대통령은 취임 직후 당시 법무부 장관이었던 Robert Badinter로 하여금 국가안보법원의 폐지에 착수하게 하였다. 마침내 '국가안보법원의 폐지에 관한 1981년 8월 4일 제81-737호 법률'이 제정되어 국가안보법원이 폐지되었다.[518]

국가공안법원의 폐지로 1982년 7월 2법률에 의해 형사법전이 개정되었다. 1990년대의 새로운 개정을 거쳐 현재 제702조 제1항은 "평화시에 국가의 기본적인 이익에 대한 중경죄는 본법의 규정에 따라 일반법의 법원에서 예심을 통해 재판이 이루어진다."고 규정하게 되었다.

---

517) François Mitterrand, Le Coup d'État permanent, Plon, 1964.

518) Loi n° 81-737 du 4 août 1981 portant suppression de la Cour de sûreté de l'État, JORF du 5 août 1981, p. 2142.

제3절 | 소결

1. 패킷감청 및 온라인 수색의 고려

최근 미국을 비롯한 주요 선진국은 패킷 감청을 허용하고 있는 추세이다. 독일은 국가안보 목적을 위한 경우에 한하여 연방 및 지방의 헌법수호청, 연방정보부, 군방첩기관에게 전기통신을 감청할 수 있는 권한을 부여하고 있으며, 자유민주주의 기본질서나 연방 또는 주의 존립이나 안전을 위협하는 범죄단체의 구성원이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자에 대하여, 감청 이외의 방법으로는 특정 사실관계를 확인하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란할 경우에 한하여 허용되고 있다. 또한 수사기관을 비롯한 법집행기관이 여러 가지 기술적 수단을 이용하여 IT 시스템에 비밀리에 접근하여 대상시스템의 이용을 감시하거나 절차상 중요한 저장매체의 내용을 열람하기 위해 저장된 데이터를 수사기관에 비밀리에 전달하는 온라인 수색도 활용하고 있다.

프랑스는 정보법률을 통해 정보를 수집하고 활용하고 있는데, 특히 테러방지를 위한 목적으로 절차적으로 승인된 경우에 데이터에 대한 행정적 접근, 운영자 네트워크상에서 교환되는 통신의 알고리즘(algorithme)분석을 통한 위협탐지, 자동데이터처리시스템(système de traitement automatisé de données)에 저장된 정보에 대한 접근·기록·저장 및 전송(제L.853-2조 제1항의 1°) 등 패킷감청뿐만 아니라 다양한 방법과 수단에 의한 통신제한 조치를 실시하고 있다.

영국은 국가안보 등, 중대범죄의 예방 등을 위하여 전기통신시스템에 관한 정보 및 전기통신사실에 관한 정보를 확보할 수 있는 권한을 가지고 있으며, 인터넷 접속서비스 제공자(ISP)에게 인터넷 접속기록(ICR)을 요청하는 등 광범위한 디지털 감청을 허용하고 있다.

각국은 온라인 수색 등의 감시수단과 관련해서 국가안보 및 중대범죄로부터 피해를 예방해야 한다는 목적을 가지고 있음에도 불구하고, 이로 인해 발생하는 헌법상 기본권의 침해 우려는 계속 상존한다. 온라인 감시 기법을 통해 시민들의 과도한 사생활 침해를 방지하고 수집된 정보를 효과적으로 관리하여야 한다는 측면에서 접근하고자

한다. 그러므로 온라인 감시는 테러활동에 참여했다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 사람만을 대상으로 해야 한다는 것이 미국 내 주류적 입장이다.

이러한 이유로 인하여 미국의 경우, "온라인 감시는 사생활의 핵심적 영역을 침해할 가능성이 크다는 문제로 인하여 아직 감시 프로그램의 설치 및 활용에 관한 입법화가 이루어지지 못하고 있는 실정이다."[519]

2. 기술적 감청 조치 및 감시 장치 설치와 통신자료 협조 의무

전 세계에서 발생하고 있는 해킹공격은 국가의 주요기관이나 시설에 대한 가장 효과적인 비대칭 전략으로 활용되어 수많은 사건 발생을 야기하여 큰 피해를 주고 있는 것이 실정이다. 오늘날 적대 세력·국가 간의 전면전이 불가능한 상황에서 사이버 공간은 또 다른 전장으로 그 활용가치가 상당히 높은 수준에 도달하였고, 공격과 방어의 주체 또한 다양하게 전개되고 있다. 그럼에도 불구하고 국가안보를 위협하는 잠정적이고 추상적인 세력 주체들에 대한 통신제한 조치들은 법치주의라는 보호막에 가려져 있는 것이 현실이다. 국가적 법익이 침해될 수 있는 중대한 사안의 경우에는 적극적·선제적 프로그램의 활용과 예방을 통한 대응이 반드시 필요함에도 불구하고 현재로서는 그렇지 못한 상황인 것이다.

이와 관련하여 호주의 경우, 국가안보 위해범죄에 있어서는 패킷 스나이퍼(packet snifers)로 알려진 합법적 소프트웨어 응용프로그램을 이용하고 있는 것은 우리에게 시사점을 제시한다고 할 수 있다. 호주는 국가기관의 권한을 강화하고 테러 등의 범죄를 미연에 방지하기 위하여 정보기관 등 법집행기관은 전기통신내역에 관한 정보, 즉 컴퓨터, 스마트폰 등에 침입하여 통신 내용이나 전자적 기기에 관한 정보를 확보할 수 있도록 모든 권한을 부여하고 있다.

독일의 경우에도 국가안보와 관련하여 일반법인 형사소송법에서 기존의 전기통신 감청과는 달리 당사자의 기술 장치에 감시 소프트웨어를 몰래 심어 당사자가 암호화된 형태로 주고받는 통신내용을 암호화되지 않은 형식으로 감청·녹음하는 것을 허용하고 있다. 나아가 독일 형사소송법상의 조사권한규정이 등장하고 있는데, 즉 동법

519) 정대용, "디지털 증거 수집을 위한 온라인 수색의 허용가능성에 관한 연구", 디지털포렌식연구 제12권 제1호, 2018, 72면.

제161조[520]의 검찰의 일반적인 수사권상 정보를 요구할 권한과 동법 제163조[521] 제1항과 제2항에 의하여 수사절차에서 경찰의 임무 상의 정보제공을 요청할 수 있다는 규정을 발견할 수 있다. 또한, 동법 제100조g의 통신접속정보의 수집에서 통신법 제96조 제1항에 의하여 사안의 중대성에 따라서 비례성의 정도에 의하여 통신접속정보를 수집할 수 있으며, 통신법 제113조b에 의하여 저장된 통신접속정보 역시 사안의 중대성에 따라서 적절한 비례성의 정도에서 통신접속정보를 수집할 수 있도록 규정하고 있다.

주요 선진국이 이와 같은 조치를 취하는 이유는 해킹에 악용되는 악성코드는 길게는 수년간 잠복하여 공격하는 경우가 있기 때문에 악성코드를 사전에 감지하여 방어할 수 있도록 정보·수사기관 주도 하에 국가적 차원에서의 해킹대응 프로그램을 운영할 필요가 있다는 판단에서 시작된다. 아울러 국가의 안보는 물론 초국가적 범죄와 중대 범죄 등 상황의 심각성을 고려할 필요가 있으며 더구나 최근 최첨단 통신과 과학기술이 발전하고 있는 상황을 적극 반영한다면 기존의 통신제한 법제를 시대적 상황에 맞게 정비할 필요가 있다는 판단에서 비롯된다고 할 수 있다.

이에 일찍부터 미국 정보 및 수사기관은 새로운 범죄수단에 대응하고자 온라인상에

---

520) 제161조 검찰의 일반적인 수사권
(1) 다른 특별규정이 없는 한, 제160조 제1항 내지 제3항이 규정하고 있는 목적을 위해서 검찰은 모든 기관에 정보를 요구할 권한, 모든 종류의 수사를 스스로 수행할 권한, 또는 경찰관청과 경찰공무원을 통해 이를 수행할 권한을 갖는다. 경찰기관 및 경찰공무원은 검찰의 요청이나 지시를 이행해야 할 의무가 있으며, 이 경우 모든 타 기관에 정보를 요구할 수 있는 권한을 갖는다.
(2) 이 법률에 따른 조치가 일정한 범행의 혐의에서만 허용되면, 다른 법률에 따른 상응하는 조치에 근거해 취득한 개인정보는 그 범행의 규명을 위하여 그런 조치가 이 법률에 따라 취해질 수 있었을 그런 범행의 규명을 위하여만 그 조치 대상자의 동의 없이 형사절차에서 증명 목적에 사용할 수 있다. 제100조e 제6항 제3호는 영향을 받지 않는다.
(3) 경찰법적 근거로 비공개수사를 하는 과정에서 신변보호를 위하여 기술적 수단을 투입해 주거의 내부에서 또는 주거로부터 취득한 개인정보는 명령 기관이 위치한 지역의 구법원(제162조 제1항)이 그 조치의 적법성을 확인한 때에만 비례원칙의 준수를 전제로 증거 목적으로 사용할 수 있다(기본법 제13조 제5항); 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에 사후에 지체 없이 법원에 재판을 구할 수 있다.

521) 제163조 수사절차에서 경찰의 임무
(1) 경찰관청과 경찰공무원은 범행을 조사하고 모든 신속한 명령을 하여 사건의 은폐를 방지해야 한다. 이 목적을 위하여 경찰관청과 경찰공무원은 다른 법률 규정이 그 권한을 특별히 규정하지 않는 한 모든 관청에 정보제공을 요청하며, 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에 도 정보제공을 요구하고, 모든 종류의 수사를 할 수 있다.
(2) 경찰관청과 경찰공무원은 수사내용을 지체 없이 검찰에 송부한다. 법관의 신속한 심리행위가 필요하다고 보이면, 그 송부를 구)법원으로 직접 할 수 있다.

서 범죄 용의자를 감시할 수 있는 프로그램을 개발해 왔고 이를 시행해 온 것으로 알려져 있다. 특히 9·11 테러 이후 미국 연방수사국(FBI)은 카니보어(Carnivore)와 매직랜턴(Magic Lantern) 및 CIPAV(Computer & Internet Protocol Address Verifier) 등의 스파이웨어 프로그램을 개발 및 사용해 왔다. 더구나 미국 연방경찰 FBI는 2001년 이래 Magic Lantern이라는 스파이 소프트웨어를 통해서 인터넷 상의 데이터를 감시하고 있었고, CIPAV라는 프로그램의 사용은 2007년에 처음 확인되었다.

그러나 기본권 보장 측면에서 보면, 통신자료 및 통신사실 확인자료를 구별하기 이전에 국가의 정보·수사기관에 통신자료와 같은 개인의 민감한 정보를 제공하기 위해서는 사법부의 판단이 무엇보다 중요하다는 것을 부인할 수 없다. 그렇지만, 대부분의 국가에서 테러리즘이나 국가안보를 위협하는 범죄 등 국가적 법익을 침해하는 범죄에 대해서는 잠재적이고 추상적인 위험성을 적극 고려하여 법집행기관의 역할과 기능의 중요성을 강조하고 있는 것 역시 세계적인 추세이다. 그렇기 때문에 범죄혐의를 파악하는 단계에서부터 통신자료와 통신사실 확인자료 등의 확인을 위한 영장주의 도입은 오히려 국민의 생명과 재산을 지켜내려는 정보·수사기관의 본연의 임무에 과도한 제한을 두는 결과를 초래할 수도 있다. 물론, 국민이 향유하는 기본권은 당연 국가가 보호해줘야 하는 가장 중요한 권리이고, 헌법에 열거되지 않은 기본권조차도 경시되어서는 안 되는 것임에는 틀림없다.

따라서 국가안보를 위해하는 혐의가 있는 특정인의 개인정보에 해당하는 통신자료의 경우, 그 이용자의 인적사항에 관한 정보로써, 수사 초기단계에서 범죄의 피의자와 피해자를 특정 및 신속히 확인할 수 있는 가장 중요하고 결정적인 정보에 해당한다.

그러므로 전기통신사업자의 통신자료 제공으로 인해 신속한 범죄대처라는 중요한 공익을 달성할 수 있다는 측면에서 보더라도, 통신자료가 제공되어 제한되는 사익은 해당자의 인적사항에 한정된다. 그리고 "수사기관은 형사소송법 제198조 제2항 등에 의해 수사과정에서 취득한 비밀을 엄수하도록 되어 있어, 해당 이용자의 인적사항이 수사기관에 제공됨으로 인한 사익의 침해 정도가 상대적으로 크지 않다고 할 수 있다."[522] 이러한 이유로 주요 선진국 역시 통신사업자가 통신자료를 법집행기관에게 협조를 하고 있는 것과 같이 국가안보와 관련된 특정 범죄혐의자의 개인정보에 해당하는

522) 대법원 2016.03.10. 선고 2012다105482 판결.

통신자료를 법집행기관이 이동통신 관련 사업자에게 요청하는 경우 협조의무 등에 대한 법제정비가 요구된다고 할 것이다.

3. 주요국의 특별법원 운영과 시사점

최근 다양한 유형의 초국가적 안보위협이 증대되면서 국가안보에 대한 패러다임의 전환이 요구되고 있다. 특히 2001년 9·11 테러 이후 미국을 비롯한 주요 안보선진국들은 안보환경 패러다임 전환에 적극적인 모습을 보이고 있으며, 헌법상 국민의 기본권조차 폭넓게 제한하는 법제를 제·개정하면서 선제적으로 대응하고 있는 상황이다. 즉, 정보통신 과학기술의 발달에 따라 국가안보 위해범죄의 수법의 지능화, 전문화 그리고 은밀화 추세에 대응하기 위해 미국은 해외정보감시법(FISA)을 근거로 하여 해외정보감시법원(FISC)과 같은 특별법원을 창설하여 비공개 재판을 진행하고, 영국은 수사권한규제법(RIPA)을 근거로 수사특별법원(IPT)를 창설하여 기본적으로 국가안보, 공공의 안녕 그리고 영국의 경제적 복지 등의 조건 하에 비공개 재판을 진행하고 있는 모습이다. 이에 우리나라의 경우도 특별법원 내지 전단재판부의 운영을 고려해 볼 수 있다.

[표 4-2] 외국의 형사사법제도 개요

		일본	미국	영국(잉글랜드 및 웨일즈)	프랑스	독일	이탈리아	한국
기소 전 구속에 대한 제도	체포 (영장 필요여부 등)	영장에 의한 체포가 원칙이나, 현행 범인 체포 또는 긴급체포의 경우에 무영장으로 체포가 가능	무영장체포가 주가 됨	무영장체포가 주로 인정됨	무영장으로 경찰 유치 가능	구속구금상태에 의한 것이 원칙. 단, 현행범 또는 긴급을요하는경우에영장 없이 임시구속 가능	현행범 또는 도망의 우려가 있다고 인정되는 경우에는 무영장으로 구속가능	영장에 의한 체포가 원칙. 단, 현행범 체포 또는 긴급체포의 경우에 무영장으로 체포 가능
수사기관에 의한 수색·압수 차이 (영장필요여부 등)		영장에 의한 것이 원칙이지만, 체포에 따른 수색·압류는 무영장으로 인정	영장에 의한 것이 원칙이나, 자동차의 수색을 실시하는 경우, 긴급성이 있는 경우, 일반 무영장에 의한 수색·압류 인정	영장에의한것이원칙이나, 정식 기소 가능한 범죄의 피의자를 무영장체포할 때에 피의자를 수색을 할 수 있는 등 무영장에 의한 수색·압류 인정	• 예심판사가 스스로의 권한에 의해 수색·압류를 행한다. • 중죄 현행범 수사 내용은 경찰관도 무영장으로 수색·압류 가능	판사의 명령에 의한 수색·압류가 원칙 (긴급시에는 검찰 등의 명령에 의함.)	예비 수사 담당 판사뿐만 아니라 검찰에 의한 이유를 붙인 명령에 의해서도 수색·압류가 가능	영장에 의한 것이 원칙이지만, 체포에 따른 수색·압류는 무영장으로 인정
조사 外 증거 수집 방법	진술에 의존하지 않고 사건을 해명하기 위한 수단 등	• 통신 감청(대상 범죄가 한정돼 있음) • 함정수사(한정적) • DNA형데이터베이스(전제로 한 법제도는 존재하지 않음)	• 통신·대화감청(대상 범죄가 광범위) • 함정잠입 수사 (광범위하게 인정) • DNA형 데이터베이스(일정한 죄로 체포된 자로부터 동의 없이 채취 가능) • 대배심 사피나 (제출 명령)	• 통신·대화감청(대상 범죄가 광범위) • 함정잠입 수사(광범위하게 인정) • 다수 폐쇄회로 • DNA형 데이터 베이스(징역형에 의해처벌가능한범죄에 의해 체포된 자 등으로부터동의없이 채취가 가능) • 묵비권적으로 적당한 추론가능	• 통신·대화감청(대상 범죄가 광범위) • 함정잠입 수사(광범위하게 인정) • DNA형 데이터베이스(성범죄 등에 대해 유죄판결을 받은 자로부터 채취 가능, 채취를 거부하면 처벌 가능)	• 통신·대화감청(대상 범죄가 광범위) • 함정잠입 수사(광범위하게 인정) • DNA형 데이터베이스(성범죄 등의 혐의가 있는 자로부터 동의 없이 채취가능)	• 통신·대화감청(대상 범죄가 광범위) • 함정잠입 수사(광범위하게 인정) • 데이터뱅크 액세스(주5)	• 감청(대상 범죄가 광범위) • DNA형 데이터베이스(일정한 범죄에 의해 구속된 자 등으로부터 동의 없이 채취 가능) • 지문등록제도(17세 이상 전국민 대상)

[표 4-2] (계속)

		일본	미국	영국(잉글랜드 및 웨일즈)	프랑스	독일	이탈리아	한국
전문 법원			• 해외정보 감시법 근거 • 해외정보감시법원 설립 • 전자감시, 물리적 수색, 국가안보 • 청문회	• 수사특별법원 • 정보공동체, 보안부, 비밀정보부, 정보통신본부의 인권침해 소송 • 비공개 원칙 • (당사자간) 공개 청문회	• 형사소송법 근거 • 국가안보법원 • 정치적 목적 활용 • 간첩 및 테러 등 국가안보 위협 범죄 • 국가안보법원 폐지에 법률 제정으로 국가안보법원 폐지			

제 5 장

영장주의의 규범적 체계와 실무 비교 분석: 독일을 중심으로

박희영

제5장

영장주의의 규범적 체계와 실무 비교 분석: 독일을 중심으로

제1절 | 헌법과 형사소송법에서의 영장주의

형사소송법의 수사절차에서 수사기관의 처분은 시민들의 자유권을 제한할 가능성이 있다. 자유권은 독일 기본법(헌법) 제2조 제1항의 행위의 자유나 개별적인 경우 제10조의 통신비밀 및 제13조의 주거의 불가침을 보호한다. 이처럼 기본권이 보호하는 생활영역을 보호영역이라 부른다. 이러한 보호영역에서 행해지는 사람의 행동(Verhalten)을 기본권의 행사라고 한다. 기본권은 국가의 제약행위에 대하여 개인의 주관적 방어권을 보장한다.[523]

보호영역은 공간의 침입과 같이 제약(Eingriff)될 수 있다. 기본권의 보호영역에서 이러한 제약은 기본권 행사에 영향을 미치는 국가의 처분을 통하여 발생한다.[524] 제약되는 수사처분들은 기본적으로 위법하다는 것을 암시한다.[525] 이러한 제약이 정당화되는 경우를 기본권 제한(Beschränkung)이라 하고, 정당화되지 못하는 경우를 기본권 침해(Verletzung)라고 한다. 따라서 기본권 제약[526]은 국가를 통해서 기본권 보장이 축소되는 것[527]을 의미한다.[528] 개별 법률에서 기본권을 제약하는 규정들은 일단 입법자에 의해서 정당화된다.

독일 기본법은 법률유보에 의해서 기본권을 제한하고 있다. 헌법상 일반적인 법률

523) Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 212 ff.
524) Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 239 ff.
525) Vgl. Duttge, Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafprozessrecht, S. 106.
526) 이 글에서는 기본권 제약을 기본권 제한과 같은 의미로 사용한다.
527) BVerfGE 105, 279, 299 f.
528) Bode, Ermittlungsmaßnahmen, S.70.

유보는 기본법 제2조 제1항에서 나온다. 기본법 제10조는 기본권 제약을 위한 개별적 법률유보 규정이다. 그러므로 기본법 제13조의 보호영역의 제약에 대해서는 기본법 제13조 제3항과 제5항에서 특별한 법률유보가 규정되어 있다. 기본법 제19조 제4항은 입법자를 대상으로 한 입법형성을 통하여 내재적으로 제한된다. 또한 사생활의 핵심 영역은 기본법 제1조 제1항에 따른 인간의 존엄성과 존중권을 통하여 보호되고 법률 유보 없이 보장된다.

이에 기본권을 제한하는 법률이 비례성원칙을 갖추고 있는 경우 이 법률은 정당화된다. 형사절차에서 국민의 기본권을 제한하는 법률은 형사소송법이므로 형사소송법은 기본권을 제한하는 정도가 높은 처분에 대해서 영장주의를 도입하여 비례성원칙을 구체화하고 있다. 이러한 영장주의는 기본법 제2조 제1항에서 비롯된다.

형사절차에서 기본권 제한은 기본법에서 직접 제한되든지 법률유보에 의해서 제한되던지 상관없이 제한의 주체는 수사절차에 관여하는 국가기관이라고 일컫는다. 여기에는 형사소추기관에 해당하는 검찰과 경찰 그리고 사법기관에 해당하는 수사법관의 세 기관이 등장한다. 이러한 국가기관은 기본권을 제한하는 명령을 내릴 수 있다. 예를 들어 기본법 제13조 주거수색의 경우 기본적으로 법관이 수색명령을 내릴 수 있고, '지체의 위험'이 있는 경우 예외적으로 검찰도 수색명령을 내릴 수 있다. 하지만 예외적인 기본권 제한 명령의 경우 지체 없이 법관의 승낙을 받아야 한다. 이러한 법관의 기본권 제한 명령은 기본적으로 결정서의 방식으로 수행된다. 이와 같이 법관이 기본권을 제한하는 명령을 내리거나 지체의 위험으로 수사기관이 기본권 제한을 명령한 경우 이를 승낙하는 것을 "법관유보(Richtervorbehalt)"라고 한다. 이러한 법관유보는 우리 헌법과 형사소송법의 영장주의와 동일한 기능을 한다. 따라서 이 글에서 영장주의가 개별 법률, 특히 형사소송법에 구현되고 있는 체계를 영장제도로 이해하여 고찰하고자 한다.[529]

529) 이 글에서는 독일의 법관유보와 우리의 영장주의를 동일한 의미로 사용하였다.

제2절 | 법관유보제도

1. 법관유보의 개념

법관유보(Richtervorbehalt)의 법적 개념에 관한 규정은 존재하지 않는다. 하지만 법관유보란 형사절차상 기본권 제한을 명령하거나 수사기관을 통한 기본권 제한을 승인하기 위한 법관의 개입으로 이해되고 있다.[530] 독일 형사소송법은 다수의 수사처분에서 기본권 제한의 절차적 보호로서 법관의 명령권한을 규정하고 있다(소위 사전 법관유보). 또한 독일 형사소송법은 지체의 위험(Bei Gefahr im Verzug)[531]이 있는 경우 법관의 명령 없이 조치를 취할 수 있는 권한을 검찰과 검찰수사관(형사소송법 제152조)에게도 부여하고 있다(소위 수사기관의 예외권한 또는 사후 법관유보).

오늘날 법관유보의 필요성과 의미에 대해서는 다툼이 있어 왔다. 특히 독일 경찰실무는 법관유보에 대해 상당한 의구심을 가지고 있는데, 수사 초기 단계에 법관이 개입함으로써 효과적인 범죄 대응을 어렵게 하거나 심지어 문제를 야기한다는 것이다.[532] 최근 몇 년간 독일의 형사소송법과 경찰법[533]은 법관유보가 입법자에게 중요한 비중을 차지하고 있다는 것을 증명하고 있는데, 형사절차상 다양한 수사가능성을 확대함으로써 형사절차상 기본권을 제한하는 규정들이 상당히 증가하였고 이와 함께 법관유보의 수도 증가하였기 때문이다.[534]

2. 법관유보의 역사적 발전과정

법관유보는 이미 19세기에 존재하였다. 1848년 바울교회헌법 제138조에 체포를

530) Asbrock, ZRP 1998, 17.
531) 'bei Gefahr im Verzuge'은 지체하면 위험이 있는 경우를 말한다. 국내문헌에서는 '지체하면 위험할 우려가 있는 경우', '긴급을 요하는 경우', '지체의 우려' 등 다양한 번역어가 사용되고 있으나 그 의미는 동일하다. 여기서는 '지체의 위험'으로 번역한다.
532) Asbrock, ZRP 1998, 17.
533) 경찰의 위험예방영역을 다루고 있는 독일의 연방 및 주 경찰법은 형사소송법의 강제처분에 관한 규정에 대응되는 위험예방처분에 관한 규정을 두고 있다. 이 경우 법관의 영장이 필요하다.
534) Albrechl/Dorsch/Krüpe, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekomm unikation.

위한 법관유보와 제140조 제2항 제1호에서 주거수색을 위한 법관유보가 규정되어 있었다. 또한 제140조 제2항 제2호와 제3호는 현행범을 추적하거나 다른 법률에서 규정된 공무원에게 권한이 부여되어 있는 경우 법관유보의 예외를 허용하였다.[535]

하지만 형사절차상 법관유보는 1877년 제국형사소송법 제105조 제1항에서 비로소 규정되었다.[536] 제국법원의 법관은, 이의 통제 여부를 형사소추기관의 재량에 두었다. 왜냐하면 지체의 위험의 경우, 명령을 위임받은 자만이 법관의 신청을 요구하게 됨으로써 처분의 결과에 영향을 줄 수 있는 시간의 상실을 재량으로 판단할 수 있기 때문이다.[537] 즉 바울교회헌법의 자유주의적 제정자들도 처음부터 법관에게 이러한 통제기능을 주려고 한 것이 아니었다는 것을 의미한다.[538]

헌법상 법관유보제도는 독일 기본법의 제정으로 제13조와 제104조에서 비로소 도입되었다. 그리하여 1949년 이후 법관유보에 관한 규정들이 형사소송법에 규정되었다.[539] 법관유보가 새로운 국면을 맞이하게 된 것은 무엇보다 비밀수사처분을 도입하면서부터다. 피의자의 헌법상 사생활 보호가 제한을 받게 되는 경우 입법자는 이러한 제한을 법관유보 아래에 두었다.[540] 입법자들은 수사기술의 발전을 법률로 규정하는 경우 기본법으로 허용되는 한계를 고려해야 했다. 따라서 입법자들은 형사절차상 수사권을 명령하는 거의 모든 규정에 법관유보 규정을 마련해야 했다. 이처럼 독일은 기본권을 침해할 개연성이 있는 새로운 비밀 수사처분이 등장할 때마다 대부분 연방헌법재판소의 판단을 받아야만 했다. 이에 위헌으로 판단된 경우 헌법에 합치하도록 개정되어 왔으며, 현재 대부분의 수사기법이 규범화되어 있는 것을 알 수 있다.

3. 법관유보의 의미와 목적

검찰은 '수사절차의 주재자'로서 기본적으로 범죄와 관련되는 전체 사실관계를 규

535) Talaska, Richtervorbehalt, S. 55.
536) 독일의 법관유보의 기원사에 대해서는 다음 참조 : Rabe von Kühlewein, Richtervorbehalt, S. 27-79. 1877년 제국형사소송법에 대해서는 S. 43 ff. 참조.
537) RGST 23, 334.
538) Amelung, NStZ 2001, 337, 338.
539) 역사적 발전에 관한 상세한 문헌으로 다음 참조 : Rabe von Kühlewein, Richtervorbehalt, S. 27 -79.
540) Schlothauer, StraFO 1998, 402, 403.

명해야 한다. 그러므로 법관유보 제도에 대해서는 기본적으로 부정적인 견해가 존재한다. 이에 법관유보는 '(형사소송법)체계에 위반 된다'[541]는 견해 또는 '검찰의 절차상 권한을 붕괴한다'[542]는 견해 등이 제기되어 왔다.

법관유보의 의미와 목적에 관해서 기본적으로 헌법에서 합의가 되어 있지 않는데, 법관의 개입으로 형사절차상 수사처분이 대상으로 하고 있는 자와 그와 관련될 수 있는 자를 보호한다는 점은 의심할 여지가 없다. 하지만 이러한 보호는 판례를 통해서 이미 기본법 제19조 제4항[543]의 권리구제절차를 통해서 보장되고 있으므로 굳이 법관이 수사절차에 개입할 필요가 있는가하는 점이다.

또한 법관유보의 목적이 무엇인가에 대해서도 다양한 견해가 제시되어 왔는데, 형사소송에서 법관유보의 기능이 무엇인지의 질문에 대한 대답도 판례와 문헌에서 통일되어 있지 않다. 지금까지 이와 관련된 논의에서 다양한 대답들이 제시되었지만, 일부는 서로 중첩되어 있어서 명확한 구분이 어려웠던 것이 사실이다. 아래에서는 이러한 다양한 견해들을 살펴보고자 한다.

가. 중대한 기본권 제한을 위한 조정[544]

이 견해에 따르면 법관유보는 개별 수사행위들에 의해서 특별한 보호가치가 있는 기본권이 중대한 방법으로 제한되는 것을 조정하는 것이라고 한다.[545] 그 배후에는 이익형량이 존재한다. 입법자가 이러한 제한이 수사법관을 통한 심사와 이에 상응한 한계에 의해서만 허용되도록 하였는데, 이는 기본권 제한이 위법하게 행해진 경우 특별한 손해가 발생하였기 때문이다.

---

541) Prechtel, Verhältnis, S. 127.

542) Schnarr, NStZ 1991, 209, 210; Nelles, Kompetenzen, S. 40, 246.

543) 기본법 제19조 (기본권 제한) (4) 공권력에 의해 그 권리를 침해당한 자는 권리구제절차를 통해 구제받을 수 있다. 다른 관할이 설정되어 있지 않다면, 통상적인 권리구제절차가 인정된다. 제10조 제2항 제2문에 대하여는 아무런 영향을 받지 않는다.

544) 중요설(Schweretheorie)이라고도 한다.

545) Schnarr, NStZ 1991, 209, 210; Wüsteney, Rechtliche Zulässigkeit, S. 305; Krehl, NStZ 2003, 461, 463; Lin, Richtervorbehalt, S. 255 ff.

나. 기본권 제한으로 도출되는 이중적 부담의 조정

법관유보는 증거를 확보하는 형사절차상 기본권 제한을 통하여 야기되는 당사자의 이중적 부담을 조정하는 것이라고 한다. 즉 증거를 확보하기 위한 형사절차상 기본권 제한으로부터 보호해야 될 필요성의 근거는 소위 '이중적 부담'에 있다는 것이다. 이를 살펴보면, 첫째, 처분대상자는 그 집행을 통해서 자신의 기본권이 소송 외부에서 영향을 받게 되고, 둘째, 이러한 기본권 제한을 통해서 확보된 정보는 이후 형사절차에서 소송 내부에서 자신에게 부담이 되도록 사용될 수 있다는 점이다.[546] 이것이 의미하는 바는 소송 외부의 기본권 제한은 추가로 소송 내부의 부담이 된다는 것이다. 가령 증거방법에 기초한 유죄판결과 같은데, 이 경우 수사기관은 증거확보를 근거로 형사절차에서 지배적인 위치에 서 있고 수사절차에서 행해진 실수는 공판절차에서 사실관계의 확인에 영향을 미칠 수 있다는 점도 고려되어야 한다는 것이다.[547] 따라서 형사절차에서 기본권이 제한되는 경우 이러한 이중부담은 예방적 법관의 참여를 위한 근거가 된다고 한다.

다. 법률 보장 기능

이 견해는 법관유보가 법률을 보장하는 기능을 한다는 것으로,[548] 법관은 자신에게 허용된 심사체계 내에서 행정부(즉 수사기관)의 기본권 제한의 정당성을 확보하고 이를 통하여 기본법 제20조 제3항[549]에서 나오는 행정의 법정주의원칙을 강화한다고 한다.[550] 이를 위해서 법관은 자신의 인적·물적 독립성과 자신의 엄격한 법률 구속성을 근거로 처분 대상자의 권리를 개별적인 사례에서 가장 잘 도출하고 가장 안전하게 보장할 수 있다.[551]

일반적으로 제삼자인 법관이 경찰과 검찰에 의해서 수행된 처분에 개입하여 법률을

---

546) Ostendorf/Brüning, JuS 2001, 1063 (1065).
547) Vgl. Weiler, GA 1994, 561 (562); Rüping, ZStW 95(1983), 894 (902).
548) Bode, Ermittlungsmaßnahmen, 142
549) 기본법 제20조 (3) 입법은 헌법 질서에 구속되고, 집행 및 사법은 법률과 법에 구속된다.
550) Rabe v. Kühleweins, Richtervorbehalt, S. 421 f.
551) BVerfGE 139, 245, 266; 120, 274, 332; 109, 279, 358; 107, 299, 325; 103, 142, 151; 77, 1, 51.

위반하는 행위의 위험을 최소화하는 것은 거부되지 않는다. 이것은 기본법 제20조 제3항에 의해서 법률에 구속되기 때문이다. 특수성은 오히려 기본법 제97조[552]를 통하여 그에게 부여된 물적 인적 독립성에 있다. 수사절차에서 오로지 검사와 경찰만이 사실관계를 조사할 의무가 있으므로 잠재적 범죄를 규명하여 밝혀내야 하는 심리적 압박은 전적으로 이들에게 달려있다.[553] 이에 대해서 법관은 수사절차에서 한번만 관여하게 되므로 수사법관이 비례성심사를 통해서 개별 사실관계를 편견 없이 다룰 수 있다. 따라서 법관유보는 법치국가의 무결성을 보호한다. 그리고 법관유보는 강제처분의 이행이 항상 민주적으로 정당화된 입법자의 의사에 근거한다는 것을 확보한다. 이러한 기반에서만 효과적인 형사소추가 확보된다는 것이다.[554]

라. 권력분립 기능

법관유보는 권력분립원칙의 표현이라고 한다. 법관유보는 행정부에 대한 권력통제 수단이며, 특정한 기본권 제한을 중립적인 법관의 허락에 맡김으로써 행정부는 사법부와 협력을 하게 된다.[555] 실제로 법관유보는 역사적으로 행정부의 기본권 제한 행위에 대한 입법자의 불신에서 비롯되었다. 하지만 오늘날 수사기관이 이러한 불신을 준다는 것은 명확하지 않으므로 행정부의 법률구속성은 기본법 제20조 제3항의 법률유보를 통해서 그리고 기본법 제19조 제4항 제1문의 권리구제를 통해서 기본법에서 이중으로 확보되고 있다. 그러므로 권력기관 내에서 서열관계가 존재하는 것이 아니라, 모든 권력기관은 헌법 제정권자에 의해서 맡겨진 민주적 법치국가의 직무를 기능에 따라 이행함으로써 균등하게 기여한다는 것이다. 입법자는 검찰을 법원과 동

552) 기본법 제97조 (법관의 독립성) (1) 법관은 독립적이고, 법률에만 따른다. (2) 전임으로나 계획에 정해진 바에 따라 최종적으로 임용된 법관은 그 의사에 반한 경우는 오로지 법원의 판결, 그리고 법률에 규정된 이유와 방식 하에서만 임기 전 면직, 계속적 또는 일시적 정직, 전보 혹은 퇴직될 수 있다. 입법으로 정년을 정할 수 있고, 정년에 달한 종신법관은 퇴임한다. 법원 조직이나 구역이 변경될 경우, 다른 법원으로 법관을 전보하거나 그 보직을 박탈할 수는 있지만, 봉급 전액을 유지해 줘야 한다.

553) Brüning, Richtervorbehalt, S. 113 f.; Hüls, ZIS 2009, 160 f.; Talaska, Richtervorbehalt, S. 69.

554) BVerfGE 139, 245; 103, 142, 154.

555) BVerfGE 139, 245, 265 f.; Asbrock, ZRP 1998, 17; Brüning, ZIS 2006, 29, 31; dies., Richtervorbehalt, S. 112 ff.; Franz, NJW 1966, 240; Hüls, ZIS 2009, 160 f.; Lin, Richtervorbehalt, S. 254 f.; Rabe v. Kühlewein, Richtervorbehalt, S. 417 ff.; Schnarr, NStZ 1991, 209, 210; Nelles, Kompetenzen, S. 48 f.

일한 위치에 있는 사법기관의 서열에 있다고 보았지만, 형소법 제163조 제1항(검찰의 사실관계 규명의무)을 통해서 이와 같은 수사권한을 경찰에게는 허용하지 않는다. 이는 곧 입법자가 경찰을 신뢰하지 않았다는 것을 의미한다.

마. 예방적 권리보호

이 견해는 판례[556]와 문헌[557]에서 상당히 유력하게 지지되고 있다. 이에 따르면 법관유보는 형사절차에서 강제처분 당사자의 '구조적인 권리보호의 결함'[558]을 보충하는 기능을 수행하는 것이라고 한다. 여기서 기본권 제한은 효과적인 형사소추를 목적으로 일반적으로 기습적이거나 심지어 당사자 몰래 집행된다는 점, 그리하여 사전에 이의 집행에 대해 권리보호를 요청할 가능성이 존재하지 않는다는 점에 기인한다. 이러한 사례에서 당사자는 이후에 처분을 알게 되는 경우, 사후의 권리보호가 제한된다고 보고 있다. 하지만 이것은 기본법 제19조 제4항 제1문에서 나오는 효과적인 권리보호 청구권에는 규정되어 있지 않다고 한다. 왜냐하면 이미 종결된 기본권 제한의 위법성은 확인되지만 손해의 발생을 방지할 수 없기 때문이다. 그래서 사전에 법관의 개입을 통해서 그러한 점에서 회복할 수 없는 위법한 기본권 제한을 방지하기 위한 예방적 권리보호가 보장되어야 한다[559]는 것이다.

바. 요약

이러한 견해들 중 어느 하나만으로는 형사소송법에 규정되어 있는 다양한 법관유보를 설득력 있게 근거 짓는 것은 어려워 보인다. 그리하여 이러한 견해들을 종합하는 것이 필요하다고 판단된다. 법관유보는 특별히 중대한 기본권 제한 사례에 대하여 권리보호의 결여 또는 이후에 행해질 권리보호를 보상해야 하고 회복할 수 없는 불이

---

556) 기본법 제13조 제2항에 대한 판례는 특히 다음 참조 : BVerfGE 139, 245, 266.

557) Amelung, NStZ 2001, 337, 338; Gusy, GA 2003, 672, 674; ders., JZ 1998, 167, 169; Hüls, ZIS 2009, 160; dies., Ermittlungstätigkeit, S. 283 f.; Nelles, Kompetenzen, S. 51 ff.; Putzke, StraFo 2016, 1, 3; Talaska, Richtervorbehalt, S. 64 ff.; Rabe v. Kühlewein, Richtervorbehalt, S. 417 ff.; Schnarr, NStZ 1991, 209, 210; Stadler, ZRP 2013, 179.

558) BVerfGE 139, 245, 266; Voßkuhle, in: FS Wahl, S. 443, 445.

559) Hilgers, JR 1990, 485 f.

익의 위험을 예방해야 한다. 따라서 법관유보는, 처분의 적정한 한계에 대해서 예방적으로 대응할 수 있고 대응해야 할 의무가 있는[560] 독립적이고 중립적인 법관을 통해서 처분의 예방적 통제를 목적으로 한다[561]고 볼 수 있다.

4. 수사법관 명령의 법적 성질

수사법관은 형사소송법 제162조 제3항에 따라서 형사절차상 기본권 제한을 명령하는 검찰 청구서의 허용성 및 적법성을 심사할 의무가 있다. 수사법관은 그런 점에서 비법관인 수사기관의 통제기관으로서, 즉 소위 권리보호법관(Rechtsschutzrichter)으로서 행위를 한다. 하지만 법관은 동시에 스스로 처분을 명령하고 직접 형사절차상 기본권 제한을 위한 원인을 야기한다. 따라서 수사법관은 기본권 제한이 허가되는지 금지되는지에 대하여 전적으로 책임을 지게 된다. 그런 점에서 수사법관을 소위 '기본권 제한법관(Eingrißsrichter)'이라고도 부르기도 한다. 이러한 이중적 성격을 근거로 수사법관의 활동이 법이론이나 판례에서 법관유보를 근거로 발생하는 명령이 사법의 성격을 가지는지 행정행위의 성격을 가지는지 통일되어 있지 않다.[562]

문제는 특히 수사절차에서 권한요청의 허용성과 관련하여 의미를 가지는데, 법관의 명령이 기본법 제92조[563]의 사법권의 성질을 가진다면, 검찰이나 검찰수사관도 사법권을 행사한다고 인정할 수 있게 된다는 점이다. 왜냐하면 이들도 지체의 위험이 있는 경우 자신들의 명령권한을 행사하기 때문이다. 하지만 이것은 기본법 제92조에 반하는데, 이 조항에 따르면 사법권은 법관에게만 맡겨져 있어서, 이 경우 권력분립 체계에서 검찰의 지위도 다툼이 있을 수 있고, 수사절차에서 법관의 명령에 대해서 기본법 제19조 제4항의 권리보호가 보장될 수 있는지도 논의될 수 있기 때문이다.

일반적으로 지배설에 따르면 법관의 행위는 형식적 실질적 판례의 성질을 가지는

560) Kruis/Wehowsky, NJW 1999, 682, 683; Asbrock, ZRP 1998, 17 ff.; Lin, Richtervorbehalt, S. 339 f.; Talaska, Richtervorbehalt, S. 70.

561) BVerfGE 20, 162,223; 57,346, 355 f.; 76, 83, 91; 103, 142, 151; BVerfG NJW 2005, 275, 276; BVerfG 2 BvR 308/04, Beschluss v. 04.02.2005; Kintzi, DRiZ 2004, 83; Gusy, GA 2003, 672, 674; Nelles, Kompetenzen, S. 48; Dagtoglou, JuS 1975, 753, 757.

562) Rabe v. Kühlewein, Richtervorbehalt, S. 110 m.w.Nachw. in Fn. 6; Aschmann, Richtervorbehalt im Polizeirecht, S. 41 ff; Köster, Rechtsschutz, S. 101 ff.

563) 제92조 (사법 기관) 사법권은 법관에게 맡긴다. 사법권은 연방헌법재판소, 이 기본법이 규정하는 연방법원 그리고 지방법원에 의해서 행사된다.

경우에는[564] 기본법 제19조 제4항의 '공권력'의 일부가 아니며, 법관의 명령이 요구사항에 상응한다면, 당사자에게 기본적으로 법관의 행위에 대해 권리보호는 금지되어야 한다는 것이다. 이에 수사법관의 명령의 법적 성격에 대해서는 다양한 견해들이 대립되고 있는데 이를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 소위 형식적 재판개념은 기본법 제92조의 재판을 법률상 법관에게 부여되어 있는 모든 행위로서 정의한다. 하지만 헌법이 법관에게 양도한 직무만이 재판에 속한다는 일부 견해가 제한적으로 지지되고 있는데,[565] 이에 따르면 적어도 헌법상 법관유보를 근거로 하고 있는 모든 법관의 명령은 사법권으로 성격을 가질 수 있다는 것이다.

둘째, 현재 지배적인 견해인 실질적 재판개념은 이 개념을 실질적으로 정의하고자 한다.[566] 물론 어떤 기준이 실질적인 재판개념의 본질을 구성하는지는 통일되어 있지 않다. 일부 견해는 재판은 국가의 권위를 통해서 추구되는 개별적으로 정당한 것을 확인하는 것이라고 한다.[567] 이 개념에 따르면 수사절차에서 법관의 명령은 재판의 성격을 가진다. 다시 말해서, 국가의 권위로서 수사법관은 개별적인 경우 형사소송법 제162조 제2항의 명령을 통해서 상응한 형사절차상 기본권 제한이 법적으로 허용되는지 확인해야 한다는 것이다. 한편, 다른 견해에 따르면 재판개념의 실질적 기준은 양당사자의 법적 다툼을 판단하는데 있다고 한다. 또 다른 견해는 법관의 불편부당성(Unbeteiligtsein)도 개별적인 경우 재판권의 표지로서 도출될 수 있다고 한다. 한편, 법관은 행정관청과 달리 자신의 사건에 서 있지 않고 그런 점에서 독자적인 판단의 이익이 없다고 한다. 법관 행위는 제삼자로서 물적·인적으로 독립적으로 행사한다는 점을 통해서 표시된다. 이러한 견해들은 재판의 개념을 직무와 관련하여 파악하려고 시도하고 있다.

최근 문헌에서는 새로운 경향들이 나타나고 있는데, 수사법관의 결정을 중립적 절차로서 파악하는 견해,[568] 재판은 일반적으로 정의로운 것을 확인하는 것이라는 기능적 조직적 재판개념,[569] 권력분립의 구조적 기능에서 이해하는 견해 등이 있다.[570]

---

564) BVerfGE 49, 329, 341 f.; Schenke, JZ 1988, 317, 319
565) Voßkuhle. Rechtsschutz, S. 67 f.
566) BVerfGE22,49, 74.
567) Prechtel. Ermittlungsrichter, S. 103.
568) Voßkuhle, Rechtsschutz, S. 67 f.
569) Rabe v. Kühlewein. Richtervorbehalt, S. 150.

생각건대 수사절차에서도 특정한 기능을 수행하는 자(Funktionsträger)의 구조에서 나오는 권한이 적용된다고 판단되는데, 왜냐하면 기본법은 이와 관련하여 아무런 다른 규정을 포함하고 있지 않기 때문이다. 법관유보를 근거로 도출되는 명령은 수사절차에서 기본적으로 형사소송법 제162조의 수사법관에게 부여되어 있다. 이 경우에도 기본법 제97조 제1항의 법관의 독립성이 적용된다.[571] 따라서 수사절차에서 법관의 활동은 항상 수동적으로 인식되어야 한다. 즉 수사법관은 자신의 주도로 수사할 수 없고 재판할 수도 없기 때문이다.[572]

따라서 형사절차상 기본권의 수사법관의 명령은 기본적으로 검찰의 신청으로 행해진다(제162조 제1항 제1문). 즉 판단의 대상이 외부에서 법관에게 제출되며, 이때 주도권은 수사하는 검찰에게 있다. 결론적으로 법관유보를 근거로 발생하는 명령은 사법부의 행위로 볼 수 있다. 이 경우 명령이 헌법상 법률상 법관유보를 근거로 행해진다 하더라도 마찬가지다. 법관이 직권으로 행위 하지 않는 한, 법관은 헌법이 규정한 권한범위 내에서 머무르게 되므로 행정부가 아니라 오히려 재판 활동으로 행사한다[573]는 것으로 볼 여지가 충분하다.

제3절 | 헌법상 법관유보

1. 법관유보 규범화의 헌법적 요청

예방적 법관유보는 당사자의 보호에 기여한다. 이 경우 법관유보는 수사절차에서 검찰의 절차상 권한을 제한한다는 점이 고려되어야 한다. 기본권을 포함한 처분대상자의 권리가 법관을 통해서 포괄적으로 보호되면 될수록 수사는 문제가 있게 되고 비효율적으로 되어 국가의 형벌청구권의 집행이 더욱 어려워질 수 있다. 그럼에도

570) Koller, Staatsanwaltschaft, S. 242; Voßkuhle. Rechtsschutz, S. 94; Zimmer, Funktion, S. 206.
571) BVerfG NJW 2001, 1121, 1122.
572) Brüning, Richtervorbehalt, S. 107.
573) Koller, Staatsanwaltschaft, S. 363

불구하고 형사소추와 진실발견이 포기되어서는 안 된다. 국가형벌권의 실현 외에 형사절차는 피의자[574]와 관련된 다른 시민의 개인적 자유권의 보호도 추구하고 있기 때문이다. 이러한 점으로 볼 때, 입법자가 헌법에 의해서 형사절차상 당사자의 기본권 보호를 위해서 특정한 요건으로 법률상 기본권을 제한하는 법관유보를 규범화할 의무가 있는지 문제가 제기된다.[575]

가. 독일 기본법상의 권리구제

법관유보가 기본법 제19조 제4항에 규정되어 있는 권리구제에 포섭되는지 우선 검토되어야 한다. 기본법 제19조 제4항 제1문은 다음과 같이 규정하고 있다: "공권력을 통해서 자신의 권리를 침해당한 자는 권리구제를 받는다."

이처럼 제19조 제4항 제1문은 구성요건과 법적 효과로 구성되어 있는데, 즉 공권력을 통하여 자신의 권리를 침해당한 경우에는(구성요건), 권리구제를 받는다(법적 효과)의 구성으로 이루어진 것을 알 수 있다. 다시 말해서, 권리구제는 법문언에 따르면 권리침해가 이미 야기된 경우에야 비로소 논할 수 있으며, 권리침해는 법관의 재판에서 발생해야 한다. 또한 제19조 제4항 제1문의 문언에 따르면, 자신의 주도로 권리구제를 신청하고 법관의 재판을 받을 가능성이 오로지 당사자에게만 주어져 있다는 점을 유추할 수 있다. 하지만 수사절차에서는 검찰이 법관의 협력을 요청하고 있는 실정이다.[576]

한편, 목적론적 해석상 법관유보는 기본법 제19조 제4항 제1문에 규정되어 있는 권리구제에 포함되지 않는다고 보고 있다. 기본법 제19조 제4항은, 권리침해의 사후 수정을 위한 가능성을 마련함으로써, 형식적 절차기본권으로서 실체적 권리의 이행가

---

574) 기본법 제13조 제3항과 형사소송법은 "Beschuldigter"라는 용어를 사용하고 있다. 이것은 우리 형사소송법의 피의자에 대응하는 용어이다. 그런데 수사절차에서 피의자(Beschuldigter)는 공소제기 후에는 피공소인(Angeschuldigter), 공판개시 후에는 피고인(Angeklagter)으로 표시된다. Beschuldigter와 Angeschuldigter에는 유죄의 의심을 받고 있다는 측면에서 Schuld(책임)라는 단어가 포함되어 있으나 Angeklagter에는 그러한 단어가 포함되어 있지 않다. 이러한 구별은 독립기관인 법원의 결정을 전제로 한다는 것이다(Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage 2017, Rn. 10).

575) Prechtel, Ermittlungsrichter, S. 128 ff.; Rabe v. Kühlewein, Richtervorbehalt, S. 450 ff.; Brüning, S.123.

576) Brüning, ZIS 2006, S.30.

능성을 보장하고 있다.[577] 이에 대해서 법관유보는 명령을 내릴 처분의 예방적 통제를 목적으로 한다. 또한 기본법 제19조 제4항의 권리보호와 법관유보를 통한 권리보호는 서로 다른 시점에서 관련되는 기본권 제한의 명령과 다른 시점에서 관련되어 보장됨으로써, 이들은 각자 다르게 작용한다는 것이다.

다시 말해서 법관유보를 통해서 통제가 가능한 빠른 시점에 행해지고, 이 경우 법관은 모든 이익형량과 관련된 상황을 인식하고 재판할 수 없다. 왜냐하면 당사자가 기본적으로 기본법 제103조 제1항[578]에 의해서 청문을 받을 수 없기 때문이다. 기본법 제19조 제4항의 사후권리구제절차와 법관유보 사이의 본질적인 차이점은 수사절차에서 모든 절차기본권이 준수될 수 없다는 점에 있다. 이에 반해서 기본법 제19조 제4항의 사후 권리구제의 본질적인 요소는, 권리보호가 필요한지 그리고 언제 이를 요청할 것인지, 전체 절차적 기본권이 준수되는지를 당사자가 스스로 결정한다는 것이다. 이러한 요구사항은 법관유보에는 충족될 수 없는데, 이는 법관의 신속한 재판이 중요하기 때문이다.[579]

법관유보는 기본법 제19조 제4항을 통해서 보장되는 효과적이고 임시적인 권리보호 청구권에도 포함되지 않는다. 행정절차법 제80조와 제123조의 행정행위에 대한 가처분적 권리보호와 달리 수사절차상 법률유보를 통한 권리보호는 이미 형사절차상 기본권 제한 명령 이전에 발생한다. 이에 대해서 행정행위에 대한 일시적 권리보호는 처분의 명령 이후에 보장된다. 게다가 기본법 제13조 제2항, 제3항, 제4항의 헌법상 법관유보는, 이를 통해서 보장되는 권리보호가 이미 기본법 제19조 제4항 제1문에서 요건으로 되어 있는 경우에는 마련될 수 없다. 그렇기 때문에 기본법 제19조 제4항 제1문은 기본법에서 권리를 보호하는 효과를 가지는 유일한 조항이 아니다. 오히려 기본법 제19조 제4항은 사후 권리구제보장으로써 포괄적인 권리보호시스템의 일부이고 법관유보제도를 통해서 보충된다고 볼 수 있다.

끝으로 권리유보는 이미 19세기에 도입되었으나 기본법 제19조 제4항의 사후권리보호청구권은 1949년 헌법에서 비로소 규정되었다는 점도 고려되어야 한다. 시간적으로 먼저 발생한 법관유보제도는 그러한 점에서 현대에 사후 권리보호 보장의 표현

577) Lorenz, Jura 1983, 393 (394).
578) 제103조 (법정에서의 기본권) (1) 법정에서는 누구든지 법적 진술권을 가진다.
579) Brüning, ZIS 2006, S.31.

이 될 수 없다. 따라서 법관유보는 기본법 제19조 제4항의 보호영역에 포함되지 않기 때문에 규범상 헌법상 요청은 도출되지 않는다고 보아야 한다.

나. 공정한 재판의 원칙

법관유보의 헌법상 요청은 기본법 제20조 제3항[580]의 법치국가원칙에 근거를 두고 있는 공정한 재판의 원칙(Fainessprinzip, Fair-Trial-Prinzip)을 근거로 도출될 수 있다. 독일 형사소송법은 공정한 재판의 원칙이 지배하고 있다는 것이 일반적으로 인정되고 있다.[581] 수사절차에서 검찰과 혐의자(피의자) 사이의 절차상 특별한 상하질서관계를 근거로 산술적인 의미의 공정성 내지 무기평등을 위한 요건은 존재하지 않는다.[582] 검찰의 권력우위는 오히려 필요한데, 검찰은 일반적으로 형사소송법의 기본권 제한을 사용하여 관련 사실관계를 수사할 수 있기 때문이다. 따라서 수사절차에서 공정한 재판의 원칙은 참여자의 무기평등과 기회균등으로 이해된다.[583]

하지만 검찰과 피의자 사이의 절차상 특별한 차이는 인정된다. 이러한 차이 때문에 검찰의 권력우위를 피의자의 참여권의 확대를 통해서 한계 짓는 것은 가능하지 않다. 즉 피의자의 특별한 참여권이나 이에 대한 통지의무는 생각할 수 없다. 왜냐하면 다양한 처분의 성공여부는 대상자가 이러한 처분을 알지 못한다는 데서 좌우되기 때문이다. 이러한 사례들에서 검찰의 우위는 불가피하다.[584] 따라서 기회균등은 검찰의 권력우위의 제한을 통해서만, 그것도 중립적인 사람인 법관의 참여를 통해서만 확보될 수 있다. 검찰이 위법한 형사소송법상의 기본권 제한을 명령하지 않고 검찰로부터 부당한 정보우위도 생겨나지 않도록 하는 것은 법관에 의해서 가능할 수 있다.[585]

따라서 법관유보를 통해서 수사절차에서 필요한 상하질서관계가 모든 이익을 고려하여 균형을 맞추게 된다. 그리고 진실발견은 예방적 법관의 참여를 통해서 좌절되

---

580) 기본법 제20조 (3)입법은 헌법 질서에 구속되며, 집행 및 사법은 법률과 법에 구속된다.
581) Vgl. BGHSt 24, 125 (131); BVerfGE 26, 66 (71); 38, 105 (111); 40, 95 (99); Tettinger, Fairneß und Waffengleichheit, 1984, S. 1 ff.
582) Müller, NJW 1976, 1063 (1065).
583) BVerfGE 63, 45 (67); Geppert, Jura 1992, 597 (599).
584) BVerfG NStZ 1984, 228; NStZ 1994, 551 (552).
585) Brüning, ZIS 2006, S.31.

지 않는다. 하지만 당사자의 이익과 기본권이 법관유보를 통하여 동시에 보호하므로 기회균등은 피의자의 강화된 참여를 통해서가 아니라 검찰 권한의 제한을 통해서 이루어진다고 볼 수 있다. 그러므로 증거를 확보하는 형사절차상 기본권 제한은 기본법에서 규정되어 있는 공정한 재판의 원칙을 근거로 법관유보와 함께 형성되어야 할 것이다.[586]

다. 책임주의

증거를 확보하기 위한 형사절차상 기본권 제한 외에도 소위 예방적 성격을 가진 절차 및 집행을 확보하는 기본권 제한도 존재한다. 그러므로 증거를 확보하는 형사절차상 기본권 제한 명령만이 법관에게 유보되어야 하는지 또는 그 밖의 형사절차상 기본권 제한도 헌법상 근거로 법관유보에 의해서 명령되어야 하는지 문제가 제기된다.

형사절차상 기본권 제한은 오로지 절차의 목적을 확보하는데 기여한다. 하지만 특히 절차와 집행의 확보에 기여하는 기본권 제한은 이후의 유죄선고에 근접해 있다는 것을 명백하게 암시한다. 이러한 제한은 당사자에게 이후의 책임에 대한 예단처럼 영향을 미친다고 할 수 있다.[587] 책임이 아직 확정되지 않았음에도 불구하고, 형사소송법 제112조 이하의 구속과 같은 제재가 명령되고 집행되기 때문이다. 이러한 이유에서 형사절차상 기본권 제한은 무죄추정과 충돌한다. 그럼에도 불구하고 형사사법의 기능을 보장하기 위해서 집행을 확보하는 처분은 개별적인 경우 필요하다. 왜냐하면 만일 형사소추기관이 집행을 확보하는 처분을 유죄판결 이전에 집행하는 것을 방해받게 되면, 많은 경우 다양한 범죄의 처벌이 가능하지 않을 수 있기 때문이다.

그런데 형벌의 부과는 중대한 기본권 제한이므로 그 명령은 오로지 법관에게만 유보되어야 한다. 형사절차의 목적은 국가의 형벌권을 집행하고 이를 통해서 법적 평화를 확보하는 것이므로 유죄판결은 범죄자가 행한 불법을 명백하게 드러낸 것이다. 이 경우 유죄판결은 기본법 제2조 제1항 및 제1조 제1항과 관련한 법치국가원칙에서 도출되는 책임주의를 준수해야 한다. 따라서 입법자는 기본법에서 도출되는 책임

586) Brüning, ZIS 2006, S.31.
587) BVerfGE 19, 342,3 47.

주의를 근거로 집행을 확보하는 형사절차상 기본권제한의 명령은 기본적으로 법관에게 유보되어야 한다는 절차법상의 조치를 확보해야 한다.[588]

2. 헌법상 법관유보 규정

기본법(헌법)에서 명백하게 규정되어 있는 법관유보를 헌법상 법관유보라고 한다. 기본법은 법관유보에 관한 일반규정을 두고 있지 않지만, 일부 규정에서 법관유보를 두고 있다. 여기에는 주거수색(기본법 제13조 제2항), 형사절차상 수사방법으로 주거 내 음성감청(기본법 제13조 제3항), 공공의 안전에 대한 긴박한 위험, 특히 공공의 위험이나 생명의 위험에 대한 방지를 위해서 주거에 기술적 수단을 설치하는 방법(기본법 제13조 제4항)이 있다. 끝으로 명백한 헌법상 법관유보로서 자유박탈의 경우 기본법 제104조 제2항 제1문에 의해서 수행될 수 있다. 이를 간단하게 개관하면 다음과 같다.

가. 주거수색 (기본법 제13조 제2항)

기본법 제13조 제2항에 따르면 주거수색은 “오로지 법관에 의해서만, 지체의 위험이 있는 경우에는 법률에 정한 다른 기관에 의해서도 명령될 수 있다”[589]고 규정하고 있다. 그리고 독일 형사소송법 제105조 제1항은 지체의 위험이 있는 경우(bei Gefahr im Verzug)를 규정하고 있는데, 이에 따르면 법관만이 수색을 명령할 수 있으나, “지체의 위험이 있는 경우에는 검찰 및 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 이를 명령할 수 있다”고 명시하고 있다.

그리고 연방헌법재판소는 2001.2.20. 법관유보에 관한 기본 판결을 선고했는데, 이 판결에서 지체의 위험으로 인한 주거수색의 헌법적 요구사항을 다루고 있다. 특히 주거수색을 위한 법관유보의 헌법상 필요성은 수색을 통하여 발생하게 되는 중대한 기본권 제한에서 그 근거를 찾고 있다.[590] 주거수색은 주거 내 음성 감청과 달리

588) Brüning, Richtervorbehalt, S.148.

589) 자세한 것은 http://policy.nl.go.kr/cmmn/FileDown.do;jsessionid=mkncGmcC3Bhm3lWUaQyaAfabas7JlGw4YPO4JUm1fwCl5pBXOQQCsLZvpHhayIUs.sl-extwas_servlet_engine5?atchFileId=144701&fileSn=24106 참조. (최종검색 2020.10.14.)

'공개' 수사처분이고 제한의 정도도 이보다 덜하다고 보았다.[591] 또한 연방헌법재판소는 2007.9.6. 결정에서 "주거의 불가침이 예방적 법원의 통제를 통하여 보장될 수 있기 위해서는, 수사법관이 수색의 요건을 독자적으로 심사해야 한다"고 명시하고 있다.[592] 연방헌법재판소는 이 결정에서 범죄혐의를 인정하기에 너무 이르거나 범죄혐의가 아직 충분하지 않은 경우의 주거수색은 비례성원칙을 위반하여 위헌이라고 판시하였다. 아울러 연방대법원은 법관유보를 우회하여 행한 수색에 대해서 "헌법에 의해서 적어도 기본권 보장이 계획적으로 또는 체계적으로 무시되는 절차위반이 중대하거나 자의적이거나 의식적인 경우" 증거사용 금지를 인정하고 있다.[593]

나. 형사소추목적의 주거 내 음성감청 (기본법 제13조 제3항)

기본법 제13조 제3항[594]에 따르면 '특별히 중대한 범죄'(besonders schweren Straftat)의 혐의가 있는 경우 범죄를 소추하기 위해서 법관의 명령에 의하여 피의자가 체류하고 있는 것으로 추정되는 주거를 감청하기 위하여 기술적 수단(technische Mittel)이 사용할 수 있다. 모든 명령은 동조 제3항 제3문에 의해서 기본권 제한의 상당한 높은 비중의 관점에서 '세 명의 법관으로 구성된 합의부'에서 판단된다. 물론 지체의 위험이 있는 경우 한 명의 법관에 의해서도 판단될 수 있다.

그리고 기본법 제13조 제3항의 경우, 독일 법에서는 기본권 침해의 정도가 가장 높기 때문에 형사소송법(제100c조)에서 "대감청"(Großer Lauschangrif)이라고 불리우고 있다. 그러므로 법관유보의 헌법상 요구사항도 가장 엄격하다. 한편, 헌법상 법관유보는 아니지만 이와 동등한 정도의 형사소송법상 법관유보는 제100b조의 온라인 수색 규정이다. 형사소송법 제100b조의 요건은 동법 제100c조와 거의 동일하다.

---

590) BVerfG, Urteil vom 20.02.2001, 2 BvR 1444/00, NJW 2001, S.1121.
591) BVerfG, Urteil vom 20.02.2001, 2 BvR 1444/00, NJW 2001, S.1121.
592) BVerfG, Beschluss vom 06.09.2007, 2 BvR 103/03, BeckRS 2007, 26998.
593) BGH, Beschluss vom 30.08.2011,3, StR 210/11, NStZ 2012, 104 ff.
594) 기본법 제13조 (주거의 불가침) (3) 누군가가 법률이 개별적으로 정하고 있는 특별히 중대한 범죄를 저질렀다는 혐의를, 특정한 사실이 뒷받침하고, 사실관계의 조사가 다른 방법으로는 지나치게 어렵거나 가망이 없을 경우, 범죄의 소추를 위해서 법관의 명령에 근거하여, 피의자가 머물고 있는 것으로 추정되는 주거의 감청을 위해 기술적 장치를 설치할 수 있다. 이 처분에는 기한이 정해져야 한다. 이 명령은 3人의 법관으로 구성된 합의부에서 내린다. 지체 우려가 있을 시에는 1人의 법관도 위의 명령을 내릴 수 있다.

따라서 기본법 제13조 제3항의 법관유보는 첫째, 세 명의 법관으로 구성된 합의부의 명령이 필요하다. 여기서 세 명의 법관은 모두 직업법관을 의미하고, 구법원(AG)보다 더 상위의 법원이어야 한다. 법원조직법(GVG)에 따르면 형사사건에서 세 명의 법관으로 구성된 합의부는 구법원이 아니라, 지방법원(LG)의 대형사부((große Strafkammer), 고등법원(OLG)의 형사부(Strafsenat), 연방대법원(BGH)의 형사부(Strafsenat)를 말한다. 둘째, 주거내 음성감청의 경우에는 검찰이나 검찰수사관의 긴급명령권이 인정되지 않는다. 오히려 지체의 위험이 존재하는 경우에도 한 명의 법관이 명령을 내릴 수 있다. 형사소송법은 기본법 제13조 제3항과 관련하여 지방법원 대형사부, 즉 국가보호재판부가 형사소송법 제100e조 제2항과 법원조직법 제74a조 제1항에 의해서 관할한다. 형사소송법 제100e조 제1항 제2문에 의해서 이 긴급권은 오로지 재판부의 재판장만이 내릴 수 있다.

다. 위험방지를 위한 기술적 수단의 이용 (기본법 제13조 제4항)

기본법 제13조 제4항[595]은 소위 예방경찰의 대감청을 규정하고 있다. 이에 주거에서의 기술적 수단은 공공의 안전에 대한 급박한 위험, 특히 공동의 위험이나 생명의 위험을 방지하기 위하여 '오로지 법관의 명령에 의해서만' 이용될 수 있다. 지체의 위험이 있는 경우 제13조 제4항 제2문에 의하여 처분은 법률에 정한 다른 기관을 통해서도 명령될 수 있다. 이 경우 지체 없이 '법관의 승인'을 받아야 한다.

이처럼 헌법상 법률유보는 형사절차상 대감청보다 그 요건이 엄격하지 않은 것을 알 수 있다. 형사절차상 대감청의 경우 세 명의 법관을 통한 명령 요청은 여기서는 규정되어 있지 않으며, 한 명의 법관으로 충분하다. 이전 주법률에 따르면 일반적으로 구법원의 판사가 이를 관할하였지만 최근 세 명의 법관이 이를 명령하는 주가 늘고 있는 경향이다.[596]

---

595) 기본법 제13조 (4) 공공안전에 대한 급박한 위험, 특히 공동의 위험 혹은 생명의 위험을 방지하기 위하여 오로지 법관의 명령에서만 주거의 감시를 위한 기술적 수단을 설치할 수 있다. 지체의 위험이 있을 시에는 법률이 정하는 타 기관도 이 처분을 명할 수 있다. 이와 같은 경우에는 사후 법관의 판단을 지체 없이 받아야 한다.

596) Roggenfelder, Staatsanwalt und Richter, S.194.

라. 공무수행 중인 자의 보호를 위한 기술적 수단의 설치 (기본법 제13조 제5항 제2문)

기본법 제13조 제5항[597] 제2문도 기본권 제한을 위한 헌법상 법률유보에 속한다. 기본법 제13조 제5항은 주거감시를 위해서 투입된 비밀 경찰관(경찰법 또는 형사소송법)을 보호하기 위해서 기술적 수단을 사용하는 것을 허용하고 있다. 이 경우 기술적 수단으로 확보한 정보는 형사소추나 위험방지를 위해서만 사용할 수 있고, 이를 사용하기 위해서는 사전에 그 처분의 적법성을 법관이 확인해야 한다. 아울러 증거수집 및 증거평가에서 '정보의 사용'이 처분대상자의 권리를 제한하는 것으로 간주되는 경우,[598] 제13조 제5항 제2문에 따른 사용의 기본권 제한으로서 허용된다.

마. 자유박탈 (기본법 제104조 제2한 제1문)

기본법 제104조[599] 제2항 제1문은 자유박탈의 허용과 지속에 관해서는 '법관만이' 결정해야 한다고 규정하고 있다. 법관의 명령 없이 자유박탈이 행해진 경우 제2항 제2문에 의하여 법관의 승인을 지체 없이 받아야 한다. 경찰은 그 누구도 제104조 제2항에 의해서 '자신의 전권으로'(경찰법 및 형사소송법의 규정에 따라서) 체포한 다음 날의 종료시 보다 더 오래 구금해서는 안 된다. 범죄 혐의로 체포된 경우에도 제3항 제1문에 의해서 늦어도 체포된 다음 날에 법관에게 인치되어야 한다. 그런

---

597) 기본법 제13조 (5) 기술적 수단의 목적이 전적으로 출동하여 주거에서 공무 중인 사람들의 보호에 있는 경우, 그 처분은 법률에서 정한 기관이 명할 수 있다. 위와 같은 때 지득한 정보를 용도 외 사용하기 위해서는, 오로지 형사소추 혹은 위험방지를 위한 목적으로, 그리고 사전에 법관으로부터 그 처분의 적법성을 확인받은 경우여야 한다. 지체 위험이 있는 때에는 사후 법관의 판단을 지체 없이 받아야만 한다.

598) Krey/Reiche, Richtervorbehalt und richterlichem Bereitschaftsdienst, S.687.

599) 제104조 (자유박탈시의 권리보호) (1) 신체의 자유는 형식적 법률에 기해서만 그리고 거기에 규정된 방식을 준수하는 하에서만 제한될 수 있다. 구금된 자는 정신적으로나 육체적으로 학대되어서는 안 된다. (2) 자유박탈의 허용과 지속에 관한 사항은 법관만이 결정할 수 있다. 법관의 명령에 의하지 않은 채 이루어진 모든 자유의 박탈은, 지체 없이 법관의 결정을 받아야 한다. 경찰은 누구도 자신의 전권으로 체포 익일의 종료 시를 초과하여 구금해서는 아니 된다. 상세한 것은 법률로 정한다. (3) 누구든지 범죄행위의 혐의로 일시적으로 체포되었다면, 늦어도 체포 익일에는 법관에게 인치돼야 하며, 법관은 피체포자에게 체포이유를 알리고 신문하며, 이의제기 기회를 주어야 한다. 법관은 이유를 첨부한 구속영장의 발부나 석방의 명을 지체 없이 하여야 한다. (4) 자유박탈 명령이나 지속에 관한 법관의 모든 결정은 피구금자의 가족 혹은 그가 신임하는 사람에게 지체 없이 통지되어야 한다.

다음 법관은 자유박탈을 지속하거나 체포된 자를 석방할 것인지 판단한다(제140조 제3항 제2문).

제4절 | 형사소송법상의 법관유보제도

1. 형사소송 개관

독일 형사소송은 민사소송과 마찬가지로 재판절차(Erkenntnisverfahren)와 집행절차(Vollstreckungsverfahren)로 구분된다. 통상적인 판결절차[600]는 다시 수사절차(기소전 절차라고도 함), 중간절차(공판준비절차), 공판절차로 나뉜다.[601] 수사절차는 검찰이 주재하며 경찰의 수사를 지시하며 수사종결권과 기소권을 가진다. 수사는 검찰과 경찰이 행한다. 수사절차를 개시하기 위해서는 고소(제158조 제1항, 제2항) 또는 기타의 방법으로(제159조) 일정한 범행을 인지해야 한다.[602] 초기혐의(Anfangsverdacht)[603]가 있는 경우 검찰과 경찰은 수사절차를 개시한다(제161조, 제163조). 수사결과 초기혐의가 충분한 혐의(Hinreichender Tatverdacht)를 충족하게 되면 검찰은 공소를 제기한다(제170조 제1항). 공소를 제기할 정도의 혐의가 없거나 기소유예를 해야 할 사정이 있는 경우 수사절차를 중지해야 한다(제170조 제2항).

즉 검찰은 기소법정주의에 따라 수사기관이 수집한 자료를 통해 적절한 혐의가 존재하지 않거나 사안이 경미하여 형사소추의 가치가 없는 경우를 제외하고는 무조건 기소해야 한다. 검사가 공소를 하면 중간절차가 개시되는데, 이 절차부터 법관이 지배하게 된다. 법관은 이 단계에서 검사의 공소시 주장한 충분한 혐의가 존재하는지

600) 특별한 종류의 절차로는 사소절차(Privatklageverfahren)와 약식명령절차(Strafbefehlsverfahren)가 있다.

601) Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage 2017, Rn. 1-9; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 9. Auflage 2018, Rn. 1-2.

602) Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage 2017, Rn. 1. 수사절차에 대한 개괄적 설명은 다음 참조 : 김택수 외 3인, 주요국 경찰의 수사실무상 강제처분 유형별 권한, 요건 및 절차에 관한 연구, 치안정책연구소, 정책연구보고서 2018-00, 103-105면 참조.

603) 형사소송법상 범죄혐의에 대해서는 V. 4. 라. 비밀 수사처분에서 법관유보 개관 참조.

결정한다(형소법 제199조 이하). 검사의 공소장에 기재된 충분한 혐의가 인정되면 공소가 허용되고 공판개시결정이 내려지고 공판절차가 개시된다(형소법 제203조). 그리고 유죄판결이 확정되면 집행절차가 개시되며, 판결의 집행은 검찰이 행한다. 법관은 일반적으로 수사절차에서는 검찰의 청구로, 공판절차에서는 직권으로 영장을 발부할 수 있다. 여기서는 수사절차를 중심으로 다루기로 한다.

2. 기본권 제한의 주체

독일 형사소송법은 수사절차에서 기본권을 제한하는 다양한 규정을 두고 있다. 수사절차에서 기본권을 제한하는 주체로서 검찰, 경찰 그리고 수사법관이 등장한다.

가. 검찰

독일의 검찰제도는 1846년 7월 17일 프랑스 제도를 모범으로 하여 베를린에서 최초로 탄생하였다. 그 당시 검찰제도는 "자유주의 사상의 총아" 또는 "계몽주의 사상의 유산"으로 각광받았다.[604] 검찰제도는 기소 기능과 판결 기능의 분리를 통하여 법원과 균형을 형성해야 했고, 이를 통하여 오늘날 적용되고 있는 형사소송법 제151조[605]의 기소주의(Anklagegrundsatz)가 도입된 것이다. 따라서 법원의 형사절차는 검찰의 기소가 없으면 수행될 수 없었다. 왜냐하면, 검찰은 경찰에 대한 통제수단으로 작용하였는데, 이는 경찰이 권리침해에 대해서 보호를 해 주지 않았다는 경험에 기인한 것이다.[606] 검찰은 그 당시 법률에 따르면 법률 규정이 모든 분야에서 충족되도록 주의해야 했고, 책임 있는 자가 처벌에서 면제되어서는 안 되고 책임 없는 자가 처벌되어서도 안 되도록 주의를 기울여야 했다. 이런 의미에서 검찰은 "법률의 파수꾼"(Wächter des Gesetzes)[607] 또는 "세계에서 제일 객관적인 관청"(objektivster Behörde der Welt)[608]으로 불려 지게 되었다.

---

604) Roxin. DRiZ 1997, 109, 112.
605) 제151조(기소주의) 법원의 심리 개시는 기소가 있어야 한다.
606) Rüping. GA 1992, 147, 151.
607) Roxin. DRiZ 1997, 109, 110.
608) Roxin. DRiZ 1997, 109, 113.

이후 형사소송법 제정으로 검찰은 “수사절차의 주재자”(Herrin des Ermittlungsver-fahrens)로 자리매김 하였는데,[609] 수사절차에서 검찰은 수사절차를 수행하고 통제하는 권한을 갖게 된 것이다.[610] 검찰은 형사소송법 제152조 제2항[611], 제160조 제1항[612], 제170조 제1항[613]에 규정되어 있는 법정주의(Legalitätsprinzip)을 근거로 범죄의 존재에 대한 근거가 있는 경우 직권으로 수사하고 경우에 따라서는 기소할 의무가 있다.

이 경우 ‘수사절차를 자유롭게 구성할 원칙’이 적용되는데,[614] 즉 검찰은 특히 사실관계를 조사하기 위한 수단의 선택과 이들의 적용 순서와 관련하여 광범위한 재량권을 가지므로,[615] 형사소송법 제161조 제1항 제1문[616]에 의하여 검찰은 수사를 직접 수행하거나 경찰청 또는 경찰공무원을 통하여 수행하게 할 수 있다. 또한 검찰은 형사소송법 제160조 제2항에 따라서 형사책임을 부과하는 사정들뿐만 아니라 감면하는 사정들을 수사해야 하고, 멸실의 우려가 있는 증거를 수집하는 데 관심을 가져야 할 의무가 있다. 그리고 수사 종결 후 검찰은 해당 수사절차를 중지하거나 기소해야 한다(형사소송법 제170조).

나. 경찰

검찰은 수사를 수행함에도 불구하고 수사 활동을 수행할 하부조직을 갖고 있지 않다. 이러한 이유로 검찰은 “손발 없는 머리”(Kopf ohne Hände)로 표현되기도 한

609) Beulke, Slrafprozessrecht, Rn. 79.
610) BGHSt 34,215,217.
611) 제152조 (기소관청; 법정주의) (1) 공소의 제기는 검찰의 직무이다. (2) 법률에 다른 규정이 없으면, 검찰은 소추할 수 있는 모든 범행에 대하여 충분한 사실적 근거가 있는 한 공소를 제기해야 한다.
612) 제160조 (사실관계의 규명 의무) (1) 검찰은 신고 또는 다른 경로를 통하여 범행의 혐의를 알게 된 즉시 공소제기 여부를 정하기 위하여 사실관계를 조사해야 한다.
613) 제170조 (기소 여부에 관한 판단) (1) 수사 결과 공소제기를 위한 충분한 근거가 밝혀지면, 검찰은 관할법원에 기소장을 제출함으로써 공소를 제기한다.
614) BeckOK StPO/Sackreuther, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 161 Rn. 4.
615) Schäfer, Strafverfahren, Rn. 272, 299.
616) 제161조 (검찰의 일반적인 수사권) (1) 다른 특별규정이 없는 한, 제160조 제1항 내지 제3항이 규정하고 있는 목적을 위해서 검찰은 모든 기관에 정보를 요구할 권한, 모든 종류의 수사를 스스로 수행할 권한, 또는 경찰관청과 경찰공무원을 통해 이를 수행할 권한을 갖는다. 경찰기관 및 경찰공무원은 검찰의 요청이나 지시를 이행해야 할 의무가 있으며, 이 경우 모든 타 기관에 정보를 요구할 수 있는 권한을 갖는다.

다.[617] 그래서 검찰은 업무를 이행하기 위해서 경찰의 지원을 받는다. 경찰은 이를 통해서 주법상 경찰의 위험 예방업무 외에 연방법에 규정되어 있는 형사소추 업무를 동시에 수행하게 된다.[618]

형사소추업무와 관련하여 경찰관청 및 경찰공무원은 형사소송법 제161조 제1항 제2문[619]에 의하여 검찰의 요청이나 지시를 따라야 할 의무가 있다. 즉 검사는 기본적으로 경찰을 지시할 권한이 있는 것이다.[620] 검찰의 수사지시는 두 가지 방법으로 수행될 수 있다. 첫째, 검찰이 형사소송법 제161조에 따라서 경찰관청에 위탁(Ersuchen)하여, 그 관청의 장이 어떤 경찰관이 수사직무를 수행할 것인지 정하는 방법이다.[621] 둘째, 검찰이 해당 경찰관청에 위탁하지 않고, 법원조직법(GVG) 제152조[622] 제1항의 소위 검찰수사관을 직접 청구(Auftrag)할 수 있다.[623] 이러한 지시는 어떠한 경우에도 구속력을 가진다. 그리고 누가 검찰수사관인지는 법원조직법 제152조 제2항에 따라서 정해진다. 이에 따르면 주정부는 법규명령을 통해서 공무원 집단과 직원 집단을 지정하여 검찰의 수사관으로 정할 권한이 있다.

일반적으로 최하위급 및 최상위급을 제외한 모든 경찰관이 검찰수사관이 될 수 있다.[624] 물론 경찰공무원 외에도 검찰수사관이 될 수 있는 특별사법경찰도 존재한다. 예를 들어, 조세법(AO) 제404조에 따른 조세 및 관세수배 업무를 처리하는 공무원과 산림청 소속 산림보호 공무원이 이에 해당한다. 검찰수사관은 법원조직법 제152조에 의해서 검찰의 명령을 따라야 할 의무가 있다. 물론 형사소송법상 검찰수사관은 일반

---

617) BVerwGE 47, 255, 263; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage 2017, Rn. 16.

618) Brüning, Richtervorbehalt, S. 27.

619) 제161조 (검찰의 일반적인 수사권) (1) 다른 특별규정이 없는 한, 제160조 제1항 내지 제3항이 규정하고 있는 목적을 위해서 검찰은 모든 기관에 정보를 요구할 권한, 모든 종류의 수사를 스스로 수행할 권한, 또는 경찰관청과 경찰공무원을 통해 이를 수행할 권한을 갖는다. 경찰기관 및 경찰공무원은 검찰의 요청이나 지시를 이행해야 할 의무가 있으며, 이 경우 모든 타 기관에 정보를 요구할 수 있는 권한을 갖는다.

620) Benfer, NJW 1981, 1245; Ostendorf, NJW 1997, 3418.

621) Volk, Strafprozeßrecht, § 7 Rn. 5.

622) 법원조직법 제152조 (1) 검찰수사관은 그 특성상 그 관할지역 검찰 및 그 상급 공무원의 명령에 복종할 의무가 있다. (2) 주정부는 이 규정이 적용될 수 있는 공무원 집단 및 직원 집단을 법규명령으로 정할 권한이 있다. 직원은 현재 공직에 있어야 하고, 만21세에 달해야 하며, 최소한 2년간 지정된 공무원 집단 또는 직원 집단에서 근무한 경력이 있어야 한다. 주행정부는 법규명령으로 그 권한을 주법무부에 위임할 수 있다.

623) Volk, Strafprozeßrecht, § 7 Rn. 6.

624) 독일 법원조직법에 근거하여 임명된 검찰수사관은 경찰소속의 경찰공무원이다. 즉 우리의 검찰청에 소속되어 있는 검찰수사관이 아니다.

경찰관보다 더 광범위한 권한을 가진다. 아울러 검찰수사관은 특히 '지체의 위험'(Gefahr im Verzug)이 있는 경우 기본권 제한을 명령할 권한이 형사소송법에 규정되어 있다.[625]

하지만 검찰의 수사 지시권에도 불구하고 경찰은 독자적으로 수사를 개시할 수 있다. 수사절차를 자유로이 형성할 원칙은 경찰에게도 적용되기 때문이다.[626] 경찰은 "검찰의 늘어난 팔"로서 형사소송법 제163조[627] 제1항 제1문에 따라 범죄의 은폐를 막기 위해서 신속하게 모든 명령을 내려야 한다.[628] 이를 소위 "초동 수사권"(Recht des ersten Zugriffs)이라고 명명한다.[629] 이를 위해 경찰은 다른 관청에 정보를 요청할 수 있고 지체의 위험이 있는 경우 모든 유형의 수사를 할 수 있다. 하지만 검찰수사관이 아닌 경찰관청 또는 경찰관은 법률상 수권규정이 없는 한 강제처분은 할 수 없게 된다. 이들에게 허용된 수권규정은 예를 들어, 사진촬영 및 지문재취(제81b조), 현행범체포(제127조), 신원확인조치(제163b조) 등이다. 이 경우 경찰은 형사소송법 제163조 제2항[630]에 의하여 수사과정을 검찰에 지체 없이 통보해야 한다.[631] 이때 수사를 종료하여 수사결과를 보고할 때 경찰은 우리와 같이 기소 또는 불기소 여부에 대한 의견을 제시하지 않아도 된다고 한다.

실무에서 경찰은 입법자의 의도와는 달리 수사를 독자적으로 수행할 수 있기 때문에 검찰에 통보하지 않아도 검찰이 경찰의 수사 활동을 실제로 통제할 수 없다고 한다.[632] 그리하여 검찰은 다양한 부분에서 "수사기록처리관청"으로 강등되고 있는 실정이다.[633] 이러한 원인은 특히 검찰의 경우 효율적인 사실관계의 규명을 보장하기 위해서 경찰과 같은 정도의 인적·범죄수사적·기술적 자원을 이용할 수 없다는데 있

---

625) Brüning, Richtervorbehalt, S. 27.
626) BeckOK StPO/von Häfen, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 163 Rn. 9.
627) 제163조 (수사절차에서 경찰의 임무) (1) 경찰관청과 경찰공무원은 범행을 조사하고 모든 신속한 명령을 하여 사건의 은폐를 방지해야 한다. 이 목적을 위하여 경찰관청과 경찰공무원은 다른 법률 규정이 그 권한을 특별히 규정하지 않는 한 모든 관청에 정보제공을 요청하며, 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에 도 정보제공을 요구하고, 모든 종류의 수사를 할 수 있다.
628) BeckOK StPO/von Häfen, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 163 Rn. 2.
629) Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage 2017, Rn. 16.
630) 형사소송법 제163조 (2) "경찰관청과 경찰공무원은 수사내용을 지체 없이 검찰에 송부한다. 법관의 신속한 심리행위가 필요하다고 보이면, 그 송부를 구법원으로 직접 할 수 있다."
631) BeckOK StPO/von Häfen, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 163 Rn. 3.
632) Brüning, Richtervorbehalt, S. 28.
633) Lilie, ZStW 111 (1999), 807,825.

다.[634] 특히, 검찰은 일상적인 범죄(즉 경미한 범죄나 중간정도 범죄)에 대해서는 경찰에게 수사를 위임하고 경찰 수사의 종결 시에만 수사지휘권을 행사한다고 한다.[635] 따라서 경찰은 형사소송법 제163조 제1항 제1문의 초동수사뿐 아니라 수사종결 시까지 독자적으로 그 밖의 수사를 수행한다. 그 때문에 적어도 일상적인 범죄 영역에서는 수사절차의 주재자는 검찰이 아니라 경찰이라고 해도 무방할 정도이다.[636]

하지만 살인과 같은 생명에 대한 특별히 위험한 범죄(Kapitaldelikte), 국가보호사건, 경제범죄, 환경범죄 등에 대해서는 적용되지 않는다. 왜냐하면 이러한 분야에서는 검찰이 여전히 수사기능을 유지하고 있기 때문이다.[637] 검찰은 경제범죄, 환경범죄, 사이버범죄 등 특수한 분야에서는 중점검찰청(Schwerpunktstaatsanwaltschaft)을 운영하고 있는데, 중점검찰청은 법원조직법 제143조 제4항에 근거하고 있다. 이 조항은 각 주마다 다수의 지방법원 또는 고등법원 관할 내에서 특정한 유형의 범죄사건을 처리하는 중점검찰청을 설치할 수 있도록 검찰청의 관할을 변경하는 근거규정이다. 여기서의 '중점검찰청'이란 특정한 종류의 형사사건의 소추, 동 사건에서의 형 집행 및 이 법의 장소적 적용범위 외에 있는 기관의 사법공조요청의 처리를 위한 관할권이 배정된 검찰을 말한다.[638] 이 경우 해당 검찰에게 배정된 사건의 토지관할은 그 사건이 검찰에게 배정된 지역을 관할하는 모든 법원에 대해서까지 미친다.[639] 그래서 중점검찰청은 물리적으로 존재하는 것이 아니라, 예를 들어 한 주내에서 몇몇 검찰청을 특정한 범죄수사를 전문적으로 전담하도록 기능적으로 존재한다. 한편 경찰의 권한 증대는 수사 활동의 국제화를 통하여 확대되고 있고 있는데 컴퓨터에 의한 수사방법과 국제적인 데이터 교환이 통제할 수 없을 정도로 발생할 수 있다는 이유에 기인한다.[640]

---

634) Lilie, ZStW 106 (1994), 625, 626; Roxin은 이를 경찰의 "데이터 지배"로 비판하고 있다. 이에 대해서 다음 참조 : Roxin, DRiZ 1997, 109, 119.
635) Lilie, ZStW 106(1994), 625,627.
636) Schröder, Verhältnis von Polizei zur Staatsanwaltschaft, S. 1.
637) Rüping, ZStW 95 (1983), 894, 912; Schünemann, Kriminalistik 1999,74,78.
638) KK-StPO/Mayer, 8. Aufl. 2019, GVG § 143 Rn. 6.
639) BeckOK GVG/Huber, 8. Ed. 1.8.2020, GVG § 143 Rn. 5.
640) Hamm, StV 2001, 81, 84; Roxin, DRiZ 1997, 109, 120.

다. 수사법관

형사소송법이나 법원조직법은 수사법관의 법적 개념을 규정하고 있지 않다. 문헌에서 수사법관(Ermittlungsrichter)이란 법관에 의해서 수사절차에서 수행되는 행위에 대해서 직무상 담당하는 법관[641]으로 정의되고 있다.

사법 실무에서 수사법관의 활동은 기본적으로 주변부의 존재로 인식되어 왔는데,[642] 구법원, 지방법원, 고등법원, 연방대법원의 경우 각 법원장은 업무분장표에 따라서 직업법관 중에서 수사법관을 정한다(법원조직법 제21e조 제1항, 제116조 제1항, 제130조, 독일법관법(DRiG) 제1조, 제4조). 또한 법원조직법 제21e조 제1항 제1문에 의하면 각급 법원의 운영위원회는 법관을 배치하고 수사법관을 임명하며 대리인을 정하고 법원의 업무를 분장한다. 이러한 운영위원회의 직무는 완전히 법관의 독립성에서 수행되며 이 경우 법과 법률에만 구속된다.[643] 또한 운영위원회는 수사법관의 대기 근무를 구체적으로 어떻게 구성할 것인지를 결정한다.

한편, 고등법원이나 연방대법원(BGH)에는 독자적인 수사법관이 존재하는데, 고등법원의 경우 법원조직법 제120조에 규정된 형사사건과 관련하여 고등법원에는 수사법관이 임명되며, 제120조에 규정된 영역에 소재한 다른 고등법원의 각 구성원도 수사법관으로 임명될 수 있다(법원조직법 제116조와 형사소송법 제169조)고 한다. 또한 연방검찰이 수사를 수행하는 경우에는 연방대법원도 수사법관을 둘 수 있다(법원조직법 제116조, 제130조, 형사소송법 제169조 제1항)고 규정하고 있다.

이때 수사법관은 검찰이 수사절차에서, 즉 공소제기 전에 청구한 심리행위의 적법성을 판단한다(형사소송법 제162조 제1항 제1문 및 제2항).[644] 아울러 검찰에게 연락이 닿지 않는 경우 경찰도 청구할 수 있으나 통신기술의 발달로 이러한 예외사례는 아주 드물다고 한다.[645]

---

641) Prechtel, Verhältnis, S. 1.

642) Talaska, Richtervorbehalt, S. 51.

643) vgl. Kissel/Mayer, GVG, 9. Aufl. 2018, § 21 e Rn. 7, 20.

644) 제162조 (수사법관) (1) 검찰은 법원의 심리행위가 필요하다고 보는 경우에 그 신청을 공소제기 전에 검찰청 또 는 그 신청 지청의 소재지를 관할하는 구법원에 한다. 검찰은 그 밖에 구속명령 또는 수용명령의 발령이 필요하다고 보는 경우에도 제125조, 제126조a와 관계없이 그 신청을 제1문에 규정된 법원에 할 수 있다. 법원의 신문과 검증은 검찰이 절차의 신속 또는 대상자의 부담경감을 위하여 그 심리행위를 해야 할 지역에서 신청하는 경우에 그 지역의 구법원이 관할한다.

법관의 심리행위는 성격상 두 가지로 구분된다. 하나는 직무상 원조(Amtshilfe)이고, 다른 하나는 강제처분의 명령인 법관유보이다. 직무상 원조는 기본법 제35조 제1항[646]에서 나오는 법률에 특별히 규정된 직무상 지원을 말한다. 예를 들어, 심문, 검증, 검시 및 부검의 참여 등이 이에 속한다.[647] 이러한 직무상 원조를 통해서 수사절차를 지원한다. 이에 반해서 법관유보는 법관의 사법기관으로 기능하는데, 특히 검찰이 형사절차상 기본권 제한을 행하려고 하는 경우 수사법관은 검찰이 청구한 처분의 정당성을 판단한다. 수사법관은, 검찰이 청구한 처분의 형식적 실질적 요건을 자신의 책임으로 심사할 의무가 있다.[648] 이에 대해서 법관은 명령을 내린 처분의 집행을 결정하지 않는다.

다만, 명령의 집행에 대한 판단은 형사소송법 제36조 제2항[649]에 따라 검찰이 담당한다. 그러므로 수사절차에서 검찰이 청구한 기본권 제한에 대한 법관의 명령(Anordnung)은 명령장의 성격(Befehlscharakter)을 갖지 않는다. 오히려 법관은 검찰의 청구를 허가하는 것이므로 허가장의 성질을 가진다고 볼 수 있다.[650] 따라서 검찰이 지배하고 있는 수사절차에 수사법관의 개입은 통제행위나 다름없는 것이다.[651] 그 때문에 법관이 형사절차상 기본권 제한 명령에서 일차적인 역할을 한다는 주장은 적절하지 않은데, 이것은 어디까지나 검찰이 주도하고 결정하고 있기 때문이다.[652] 이에 수사법관은 필요한 경우 체포 또는 구속명령도 내릴 수 있다(동조 제1항 제2문).

---

645) SSW-StPO/Ziegler, 4. Aufl. 2020, § 162 Rn. 10.

646) 기본법 제35조 (법적 지원과 직무상 지원) (1) 연방과 지방의 모든 관청은 법적 및 행정적으로 상호 지원한다.

647) SSW-StPO/Ziegler, 4. Aufl. 2020, § 162 Rn. 1.

648) Geppert, DRiZ 1992,405,409.

649) 제36조 (송달과 집행) (1) 재판의 송달은 재판장이 명한다. 법원사무국은 송달이 이루어지도록 노력한다. (2) 집행이 필요한 재판은 검찰에 교부하여 필요한 것을 조치하도록 해야 한다. 법정의 질서에 관한 재판은 그렇지 않다.

650) LG Osnabrück NStZ 1987, 522; Schnarr, NStZ 1991, 209, 210; Amelung, NStZ 2001, 337, 343; Benfer, NJW 1981, 1245, 1247. 이러한 의미에서 소위 구속명령이나 수색명령이란 표현은 잘못된 것이다(Brüning, Richtervorbehalt, S. 29).

651) 이에 대해서 법관이 검찰의 수사절차지배에 개입하는 것은 통제가 아니라 억제라고 하는 견해가 있다(Rabe v. Kühlewein, Richtervorbehalt, S. 419.)

652) Brüning, Richtervorbehalt, S. 29.

3. 수사법관에 대한 요구사항

법관유보가 보호기능을 수행하기 위해서 명령을 내리는 법관의 재판에 어떠한 요구사항이 제기되는지에 대한 문제가 발생하게 된다. 이를 중점적으로 다루기로 한다.

가. 수사절차에서 법관의 심사권 범위 : 정당성 및 합목적성

법관은 공판준비절차와 공판절차에서만 형사절차를 지배한다. 통설에 따르면 이 절차단계에서는 법관에게 제기된 모든 신청에 대해 포괄적인 심사권이 인정된다. 즉 법관은 신청된 처분의 정당성과 목적성을 심사해야 한다.[653] 이에 반해 검찰이 주재하는 수사절차에서 법관이 어느 범위에서 형사절차상 기본권 제한의 명령에 대한 검찰의 신청을 심사할 수 있는지는 아직 통일되어 있지 않다. 특히, 수사법관이 정당성 심사 외에 독자적으로 합목적성도 판단할 수 있는지 다툼이 있어 왔다.

형사소송법 제162조 제2항에 따르면 제162조 제1항에 따라 검찰이 신청한 심리행위가 재판 상황에 따라 법률상 허용되는지 판단해야 한다. 연방헌법재판소는 1981.6.16. 결정에서 수사법관의 수색명령에서 심사범위의 문제를 다루어 왔었다. 연방헌법재판소는 기본법 제13조 제2항에서 심사의 범위에 관한 직접 근거가 추론되지 않는다고 하였다. 따라서 심사의 범위와 심사의 기준도 수색의 요건을 정하고 있는 법률상 규정에서 나온다고 한다.[654]

이처럼 법관의 개입은 단순한 형식적인 것이 아니라, 이러한 요건의 독립적이고 중립적인 심사를 해야 한다. 그럼에도 불구하고 이를 통해서 새로운 심급이 열려서는 안 된다. 지배설도 수사법관은 처분의 합목적성 심사가 아니라 법적 허용성만을 심사할 수 있다고 보고 있다.[655] 이에 수사법관은 신청된 처분의 수사 활동인 목적성과 필요성을 판단해서는 안 되며, 신청된 명령을 거부해서도 안 된다.[656] 그러므로 수사법관의 심사는 법적 통제로 제한되어야 하며, 수사법관은 신청된 처분 대신에 다른

653) Benfer, NJW 1981, 1245, 1246.
654) BVerfG, Beschluß vom 16. Juni 1981, 1 BvR 1094/80, NJW 1981, 2111.
655) BVerfGE 31,43.
656) BVerfGE 31,43,46; BGHSt 7,205,207; 15,234,238.

처분을 내려서도 안 되며, 다른 처분이 더 효율적이라고 하여 신청된 처분을 거부해서도 안 된다.[657]

나. 당사자에 대한 청문

기본적으로 형사절차상 기본권 제한의 명령 이전에 당사자의 청문이 이루어져야 한다. 이것은 이미 기본법 제103조 제1항의 법률상 청문권에서 나오기 때문에 기본적으로 당사자의 수색명령이 선고되기 전에 청문되어야 한다. 이러한 청문은 우선되는 이익을 확보하기 위해서 필요한 경우에는 필요하지 않다. 따라서 사전 청문은 형사절차상 기본권 제한의 경우 증거확보의 목적으로 일반적으로 행해지지 않는다. 다만, 기본권 제한이 당사자의 사전 청문 없이 명령되는 경우에 한하여 법관은 당사자의 이익을 적정하게 고려해야 하며, 제한 요건의 독자적인 법관의 심사를 요구하여야 한다.[658]

이때 처분대상자는 형사소송법 제33조 제3항에 의하여 기본적으로 형사절차상 기본권 제한 이전에 청문을 받아야 한다. 물론 형사절차상 기본권 제한의 성공이 사전 청문을 통해서 위태롭게 되는 경우에는 제33조 제4항에 의하여 배제될 수 있다. 그리고 위태로움이 실제로 존재할 수 없는 처분의 경우에는 청문이 포기되어서는 안 된다.[659]

다. 법관 명령의 형식

수사법관은 검찰이 신청한 심리행위의 적법성을 판단한다. 검찰이 신청하는 형식은 규정되어 있지 않지만 기본적으로 서면으로 제출한다. 신청서는 관련 자료와 함께 이메일이나 팩스를 통해서도 법원에 전송될 수 있다. 검찰의 신청서에는 의도하는 처분과 이유 그리고 법률상 요건이 기재되어야 한다.

법관은 검찰의 신청에 대하여 결정의 형식으로 명령을 내리는데, 명령은 기본적으로 문서로 작성되고 그 이유가 기재되어야 한다(형사소송법 제34조). 왜냐하면 형사절차상 기본권 제한 규정 중에는 서면형식을 명백하게 요구하고 있고, 그 사유도 명시하

657) Bode, Ermittlungsmaßnahmen, S. 310.
658) BVerfG, NJW 2005,275,276.
659) Brüning, S.155.

도록 요구하고 있기 때문이다. 예를 들어, 제81f조 제1항 제2문, 제81g조 제3항, 제100e조 제1항과 제2항 및 이를 준용하고 있는 규정들, 제114조 제1항과 제2항, 제131조 제4항, 제163d조 제3항 등이다.

결정은 이후 기본권 제한을 집행하기 위한 근거이기 때문에 그 결정은 처분의 범위, 한계, 그 목적을 정확하게 기재해야 한다.[660] 이 경우 법관은 기본권 제한을 예측할 수 있고 통제할 수 있다는 것을 적합한 표현을 통해서 확보해야 한다.[661] 결정서에는 처분당사자가 이후에 대응할 수 있도록 행위비난의 내용에 관한 구체적인 정보가 포함되어야 한다.[662] 또한 증거를 확보하기 위한 처분의 경우 – 특히 수색의 경우 – 발견될 증거수단에 관한 정확한 정보가 기재되어야 한다. 끝으로 법관의 결정은 명령될 형사절차상 기본권 제한이 비례성원칙을 준수하고 있다는 점도 포함해야 한다.[663]

이러한 요구로 시간이 걸리는 경우 제한의 목적이 위태롭게 될 수 있는 때에는, 법관의 문서형식의 명령이 포기될 수 있는지가 문제 된다. 연방헌법재판소는 언론사 수색의 헌법적 정당성에 관한 판결에서 문서양식을 통해서 발생하는 지체가 처분의 목적을 위태롭게 하는 경우에는 특별히 주거수색결정에서 문서양식의 요구는 일반적으로만 준수되어야 한다고 판시하고 있다. 문제는 다른 형사절차상 기본권 제한에도 발생될 수 있기 때문에, 문서의 명령이 해당 법률에서 명백하게 요구하지 않는 한, 긴급한 사례에서는 기본적으로 문서 양식이 포기될 수 있다고 하였다.[664] 그 후 연방헌법재판소는 수사법관의 명령이 반드시 서면 형식이어야 할 필요는 없고 구두로도 가능하다고 판시하였다.[665] 현재 실무에서는 기본적으로 서면형식으로 명령이 내려지지만 긴급한 경우에는 구두로, 전화로, 이메일 등으로 명령이 내려지고 있다. 특히 명령의 집행시 처분 당사자에게 결정서를 제시해야 될 필요가 없는 비공개 처분의

660) BVerfGE 96,44, 52.
661) BVerfGE42,212,220; NJW 2004, 999, 1014.
662) BVerfG NJW 2001,1121, 1122.
663) BVerfG NJW 2004, 999, 1014.
664) BVerfG, Teilurteil vom 5. 8. 1966 - 1 BvR 586/62, 610/63, 512/64, NJW 1966, 1603, 1616 (https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv020162.html 최종검색 2020.10.18.); NJW 2001, 1393, 1394; Nelles, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen, S. 258; a.A. Höfling. JZ 2003,408 ff.; Harms, DRiZ 2004,25 ff.
665) BVerfG Beschl. v. 23. 07. 2007, 2 BvR 2267/06, juris; BGH NStZ 2005, 392.

경우에는 서면형식이 반드시 필요한 것이 아니라고 한다.

한편, 검찰이 수색명령을 신청하였으나 법관이 긴급하게 판단하지 않고 지연시키고 있을 때, 지연이 증거방법을 상실시킬 수 있다고 검찰이 스스로 판단하여 지체의 위험을 이유로 직접 명령을 내릴 수 있는지 문제가 되었다. 이것이 가능하다고 보는 견해가 지배적이었으나 연방헌법재판소는 2015.6.16. 결정으로 허용되지 않는다고 판결하였다.[666] 이유인 즉, 헌법재판소는 수색명령이 법관에게 신청되어 법관이 이를 취급하기 시작하였으면 수사기관의 긴급권은 종료된다고 보았기 때문이다. 그러나 2018년 1월 1일부터 '사법 부문의 전자기록 도입 및 관련 전자적 법적교류 개선에 관한 법률'[667](이하 '전자기록도입법률')이 발효되어 전자영장이 이용 및 활용될 수 있게 되었다.

4. 형사소송법상 법률유보 유형

기본법은 기본권을 제한하는 일부의 법관유보를 규정하고 있지만, 형사소송법에는 이를 포함하여 다양한 법률상 법관유보가 규정되어 있다. 아래서는 형사소송법에 규정되어 있는 법률유보의 유형을 개관하고자 한다.

가. 수사법관의 독자적 명령권 (원칙)

형사소송법은 법관만이 기본권 제한 명령을 내릴 수 있는 규정들을 마련하고 있다. 이 경우에 한하여 법관이 독자적인 권한을 행사하게 된다.

(1) 피의자 아닌 다른 사람의 신체검사 (형사소송법 제81c조 제3항, 제6항)

피의자 아닌 사람이 증인으로 고려되면, 진실 규명을 위하여 그의 신체에 범죄의 일정한 흔적이나 결과가 있는지 확인해야 하는 경우에 그의 동의 없이 신체를 검사할 수 있다(동조 제1항). 동조 제3항에 따르면 검사 또는 혈액표본 채취는 증언거부와 동일한 사유로 거부할 수 있다. 미성년자가 사고력의 미성숙 때문에 또는 미성년자나

666) BVerfG Beschl. v.16.06.2015 - 2 BvR 2718/10], Rn. 71.
667) Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs.

피후견인이 정신질환이나 정신적, 심리적 장애 때문에 거부권의 의미를 충분히 알지 못하면, 법정대리인이 이를 판단한다.

만일 법정대리인이 결정할 수 없거나 그 밖의 사유로 말미암아 적시의 결정이 방해받고 즉시 검사나 혈액표본 채취가 증거보전을 위하여 필요한 경우 그 조치는 법원의 특별한 명령이 있을 때에만 허용되고, 이 명령을 적시에 받을 수 없는 경우에는 검찰의 특별한 명령이 있을 때 허용된다. 그리고 조치를 명한 결정에 불복할 수 없다고 한다. 또한 동조 제6항 제2문에 따르면 해당 대상자가 거부하는 경우에 직접강제는 법관의 특별한 명령이 있을 때에만 적용할 수 있다.

(2) 언론사 등 압수절차 (형사소송법 제98조 제1항 제2문)

압수는 법원만이 명할 수 있고, 수사절차에서는 수사법관도 명할 수 있다. 더구나 지체의 위험이 있는 경우 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다. 검찰수사관은 검찰에게 연락이 닿지 않을 경우에만 명령할 수 있다.[668] 하지만 편집국, 출판사, 인쇄소 또는 방송사 내에서 하는 압수는 법원만이 명할 수 있다고 한다.

(3) 온라인 수색 (형사소송법 제100b조, 제100e조 제2항)

온라인 수색은 형사소송법 제100b조에 규정되어 있고 이에 관한 절차는 주거내 음성감청과 함께 제100e조 제2항에 규정되어 있다. 온라인 수색은 주거내 음성감청과 함께 현재 독일 형사소송법에서 기본권 제한의 정도가 가장 높은 비밀수사처분이다.

온라인 수색(Online-Durchsuchung)이란 "기술적 수단을 이용하여 사용하는 정보기술 시스템에 침입하여 데이터를 수집하는 수사기법을 말한다(제100b조 제1항)." 온라인 수색은 다음 세 가지 요건을 충족해야 한다. 첫째, "제2항에 규정된 7개 목록에 해당되는 특히 중대한 범죄(besonders schwere Straftat)를 정범 또는 공범으로서 저질렀다거나," "그 미수를 처벌하는 사안에서 실행에 착수를 했다는 혐의가 일정한 사실에 근거하고,"[669] 둘째, "그 범행이 개별 사안에서도 특히 중대하게 평가되며,"[670]

668) KK-StPO/Greven, 8. Aufl. 2019, StPO § 98 Rn. 11.
669) 박희영, "국가의 합법적인 해킹행위로서 온라인 수색에 관한 독일 법제 동향", 최신외국법제정보 2019 제1호, 한국법제연구원, 55-73면.
670) 박희영, "국가의 합법적인 해킹행위로서 온라인 수색에 관한 독일 법제 동향", 최신외국법제정보 2019 제1호, 한국법제연구원, 55-73면.

셋째, “사실관계의 조사 또는 피의자 소재의 파악이 다른 방법으로는 본질적으로 어렵거나 가망이 없어야 한다.”[671]

온라인 수색에 따른 조치는 검찰의 신청이 있는 경우에만 검찰 소재지를 관할하는 지방법원 합의부에서 명할 수 있다. 또한 지체의 위험이 있는 경우에 재판장도 명할 수 있으며, 재판장의 명령은 3근무일[672] 이내에 형사합의부의 승인을 받지 못하는 경우에 효력을 상실한다. 다만, 그 명령의 기간은 최대 1개월이다. 연장은 기존의 수사결과를 고려하여 명령의 요건이 존속하는 한도에서 매번 1개월 이내로 허용된다. 그리고 명령의 기간이 총 6개월로 연장되었으면, 추가 연장에 관하여는 고등법원이 판단한다. 그리고 온라인 수색 명령은 서면으로 해야 하는데, 명령의 결정문에는 다음 사항이 기재되어야 한다.

1. 가능한 한, 조치가 대상으로 삼는 대상자의 이름과 주소.
2. 조치를 명한 근거가 되는 범죄혐의.
3. 조치의 종류와 범위, 기간, 종료시점.
4. 조치로써 수집하려는 정보의 종류와 그 정보가 형사절차에서 갖는 의미.
5. 데이터를 수집해야 하는 정보기술 시스템의 가능한 한 정확한 표시.

명령의 요건이 더 이상 존재하지 않으면, 그 명령에 근거한 처분은 지체 없이 종료해야 한다. 그 다음 처분의 종료 후 명령을 내린 법원에 그 결과를 알려야 한다. 온라인 수색의 경우 처분의 결과도 명령을 내린 법원에 알려야 한다. 또한, 명령의 요건이 더 이상 존재하지 않으면 이미 검찰에 의하여 처분이 중단된 것이 아닌 한 법원은 그 중단을 명해야 한다.[673]

온라인 수색 명령은 이메일로 전송할 수 있으며, 이 경우 법관의 서명이 있는 문서나 정본인 경우 직인이 함께 들어 있는 문서가 전달되어야 한다. 또한 이메일은 전자문서로 전달될 수도 있다. 이에 전기통신감청법규명령(TKÜV) 제12조 제2항에 따르면 명령을 받은 의무자(일반적으로 전기통신사업자)는 처분의 요청자(검찰 또는 검찰수사

671) 박희영, “국가의 합법적인 해킹행위로서 온라인 수색에 관한 독일 법제 동향”, 최신외국법제정보 2019 제1호, 한국법제연구원, 55-73면.

672) 종래에는 3일 이내로 되어 있었다. 금요일 오후에 청구되는 경우 월요일에 영장이 발부되어야 하기 때문에 실질적인 심사가 이루어질 수 없다는 이유로 3근무일 이내로 개정되었다.

673) BeckOK StPO/Graf, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100b Rn. 11-24.

관)로부터 안전한 전자적 방법이나 팩스로 명령의 복사본을 전달받게 되면 해당 처분을 해야 한다고 명시하고 있다. 또한 팩스를 근거로 명령을 수행한 경우 복제본의 전달 후 명령의 원본 또는 인증등본이 일주일 이내에 제출되지 않으면 수행된 감시처분을 중단해야 한다. 안전한 전자적 방법으로 명령이 전달된 경우, 의무자는 그 명령과 거기에 속한 데이터가 자신의 책임영역에서 변경되지 않도록 해야 하고, 기술적 이행에 필요한 작업상의 조치가 자신의 직원의 협력 없이는 수행될 수 없도록 조치를 해야 한다.

(4) 주거내 음성감청 (형사소송법 제100c조, 형사소송법 제100e조 제2항)

형사소송법 제100c조는 주거 내에서 비공개로 행해지는 음성(영상은 기본법 제13조 제3항에서 금지됨)을 기술적 수단을 이용하여 감청(엿듣거나 기록)할 수 있도록 규정한다. 이 조항은 기본법 제13조 제3항을 형사소송법에서 구체화한 것이다.

주거내 음성감청은 온라인 수색과 함께 형사소송법에서 기본권 제한의 강도가 가장 높은 비밀수사처분으로 구분하고 있다. 주거내 음성감청은 다음 네 가지 요건을 모두 충족해야 한다. 첫째, “제100b조 제2항에 규정된 특히 중대한 범죄를 정범 또는 공범으로서 범했거나,”[674] “미수를 처벌하는 경우 실행에 착수했다는 혐의의 근거가 되는 일정한 사실이 있고,”[675] 둘째, “범행이 개별사안에서도 특히 중대하게 평가되며,”[676] 셋째, “감청을 통하여 사실관계의 조사나 공동피의자의 소재 파악에 의미 있는 피의자의 진술을 포착할 수 있다는 사실적 근거에 기초하여 인정되고,”[677] 넷째, “사실관계의 조사나 공동피의자 소재의 파악이 다른 방법으로는 현저히 어렵거나 가망 없어 보이는 경우이다.”[678]

이처럼 주거내 음성감청 명령의 절차적 요건은 앞의 온라인 수색(제100b조)과 동일하다. 다만 결정문에 ‘데이터를 수집해야 하는 정보기술 시스템의 가능한 한 정확한 표시 대신 감청하려는 주거 또는 감청하려는 주거공간’이 추가되어야 한다.

한편, 주거내 음성감청에 대응하는 우리의 규정은 타인의 비밀대화 침해금지를

674) BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100c Rn. 7-21.
675) BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100c Rn. 7-21.
676) BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100c Rn. 7-21.
677) BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100c Rn. 7-21.
678) BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100c Rn. 7-21.

규정하고 있는 통신비밀보호법 제14조로 볼 수 있다. 다만, 통비법 제14조는 주거내외를 구분하지 않고 있다는 점에서 다르다고 하겠다.

(5) 운전면허의 잠정적인 박탈 (형사소송법 제111a조 제1항)

형법 제69조에 따른 운전면허가 박탈될 것이라고 인정할 만한 현저한 사유가 있으면, 법관은 결정으로 피의자의 운전면허를 잠정적으로 박탈할 수 있다.

(6) 구속명령 (형사소송법 제114조 제1항)

심리구속은 피의자에게 현저한 범행혐의가 있고 구속사유가 존재하는 경우에 법관의 구속명령서로써 명한다(제112조). 다만, 사안의 중대성과 예상되는 형벌 또는 개선·보안처분에 비하여 비례성을 벗어난 경우에 심리구속은 명할 수 없다. 구속사유로는 피의자가 도주하고 있거나 숨어 있다는 것이 확인된 경우, 도주의 위험이 있는 경우, 증거를 인멸할 위험이 있는 경우이다(제112조 제2항).

구속명령서에는 1. 피의자. 2. 피의자에게 현저한 혐의가 있는 범행, 범행의 시간과 장소, 범행의 법적 표지. 3. 구속사유. 4. 급박한 범죄혐의(dringende Tatverdach)와 구속사유의 근거가 되는 사실(다만, 이로 말미암아 국가안보를 위태롭게 하지 않아야 한다)이 기재되어야 한다. 피의자를 구속하는 때에는 구속명령 사본을 제시해야 한다(제114a조). 구속된 피의자에게는 지체 없이 이해할 수 있는 언어로 작성한 서면으로 권리를 고지해야 한다(제114b조).

(7) 잠정적인 직업금지의 명령과 취소 (형사소송법 제132a조 제1항 제1문)

형법 제70조에 따른 직업금지가 명령될 것으로 인정할 현저한 사유가 있으면, 법관은 결정으로 피의자에게 직업 활동의 전부나 일부, 영업활동의 전부나 일부를 잠정적으로 금지할 수 있다.

(8) 지체의 위험이 있는 법관의 심리행위 (형사소송법 제165조)

수사법관은 지체의 위험이 있고 검찰과 연락할 수 없는 경우 검찰의 신청이 없어도 필요한 심리행위를 할 수 있다. 검찰과 무관한 법관의 권한을 소위 '긴급국가권'이라고 한다. 법관은 이러한 권한을 근거로 기본적으로 검찰이나 검찰수사관이 행할 수 있는

명령을 내리거나 검찰의 신청이 없이도 법관의 처분을 집행할 수 있다. 하지만 이 조항은 실무에서 거의 활용되지 않는다고 한다. 왜냐하면 현대의 통신기술의 발달과 검찰청의 검사대기근무제로 인하여 항상 검찰에게 연락할 수 있기 때문이다.[679]

나. '지체의 위험'으로 인한 예외권한

수사법관이 기본적으로 사전 명령권한을 갖지만 특정한 상황에서는 이러한 권한이 일반적으로 법률에 의해서 수사기관에 양도되는 경우가 있다. 양도의 조건은 일반적으로 법관에게 연락이 닿지 않을 가능성에 한해서이다. 이러한 표지는 법률상 대부분 '지체의 위험'(Gefahr in Verzug)이란 개념으로 기술되고 있다.[680] 형사절차상 기본권 제한 중에서 기본적으로 수사법관에게 유보되어 있지만, '지체의 위험'이 있는 경우 예외적인 권한은 검찰에게만 인정되는 경우도 있고 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)에게 모두 인정되는 경우도 있다.

'지체의 위험'으로 검찰이나 검찰수사관이 기본권을 제한하는 명령을 내리는 경우 법관의 사후 승인(Bestätigung)을 받아야 한다. 법관의 승인은 수사기관이 예외권한으로써 미리 결정을 하고 집행한 다음 비로소 수사법관이 개입하는 것을 말한다.[681] 이 경우 법관의 판단은 처분의 시작 후 종료 이전에 행해진다. 다음, 검찰이나 검찰수사관은 제한 명령을 내린 후 대부분 3일 이내에 법원에 승인을 신청해야 하고 법원의 승인을 받지 못하면 효력을 잃는다. 하지만 그 이전에 확보한 증거는 그대로 유효하다.

다만, 온라인 수색(제100b조)이나 주거내 감청(제100c조)의 경우 지체의 위험이 있는 경우 재판장이 명령할 수 있고, 3근무일 이내에 형사합의부의 승인을 받지 못하면 그 명령은 효력을 상실한다. 그리고 수배조치와 관련하여 전자매체로 지속적인 공개를 하는 경우와 방송 또는 정기간행물로 반복적인 공개를 하는 경우에 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조) 명령의 경우는 1주일 이내에 법관에 의한 승인을 받지 못하면 그 효력을 잃게 된다. 또한 검찰수사관(법원조직법 제152조)이 행하는

679) MüKoStPO/Kölbel, 1. Aufl. 2016, StPO § 165 Rn. 1.
680) Nelles, Kompetenzen S. 131 ff.
681) Brüning, Richtervorbehalt, S. 183.

수배명령의 경우도 1주일 이내에 검찰의 승인을 받지 못하면 그 효력을 잃는다(형사소송법 제131c조 제2항)고 한다.

(1) 압수절차 (형사소송법 제98조 제1항 제1문, 제2항, 제3항)

압수는 검찰의 신청으로 법원만 명할 수 있지만,[682] 지체의 위험이 있는 경우 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다(제1항). 법관의 명령을 받기 위해서 시간이 소요됨으로써 압수가 위태롭게 되는 경우 지체의 위험이 존재하기 때문이다. 검찰수사관은 검찰에게 적시에 연락이 닿지 않을 경우에만 명령할 수 있다.[683] 또는 검찰 또는 검찰수사관은 공소제기 후 절차가 종료될 때까지 압수할 수 있으나, 3일 이내에 그 압수를 법원에 통지해야 한다(제3항). 그리고 법원의 명령 없이 대상을 압수한 검찰이나 검찰수사관은 압수 당시에 대상자나 그의 가족이 참석하지 않은 때 또는 그 대상자 및 부재 시에는 성년인 가족이 압수 관련 명시적으로 이의를 제기한 경우에 한하여 압수 종료 후 3일 이내에 법원에 승인을 신청해야 한다. 그 대상자는 법원에 재판을 신청할 수 있다(제2항).

법관의 압수명령은 서면(압수영장)으로 하나 긴급한 경우 검찰에게 그 집행을 구두나 전화로 알릴 수 있다.[684] 법관의 압수명령은 대부분 당사자의 사전 심문 없이 행해지지만, 압수의 목적이 위태롭게 되지 않는 경우에는 법적 청문이 보장되어야 한다. 예를 들어 압수가 열람으로 가능한 경우,[685] 법관의 압수명령은 발부 후 6개월 이내에 집행되어야 한다. 검찰이나 검찰수사관의 명령은 서면, 구두, 전화 또는 팩스로도 할 수 있다. 이는 곧 수사기관의 압수명령에는 반드시 서면의 형식이 필요하지 않기 때문이다.[686] 이때, 처분 대상자에게 이의신청권을 고지해야 한다.

---

682) 물론 법원은 지체의 위험이 있는 경우 제165조에 의해서 심리행위를 할 수 있으며 이와 관련하여 집수 압수 명령을 내릴 수 있다(BeckOK StPO/Gerhold, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 98 Rn. 2).

683) KK-StPO/Greven, 8. Aufl. 2019, StPO § 98 Rn. 11.

684) 제36조 (송달과 집행) (2) 제1문 : 집행이 필요한 재판은 검찰에 교부하여 필요한 것을 조치하도록 해야 한다.

685) 검찰이 수사법관의 압수명령을 집행할 의무가 있는지 문제가 될 수 있으나 수사절차에서 압수명령은 검찰의 청구에 의해서만 가능하므로 그러한 의무는 없다고 보는 게 적합하다. 다만 제165조에 따라 지체의 위험을 이유로 심리행위를 해야 하는 경우 법관이 발부한 압수명령은 집행해야 한다(BeckOK StPO/Gerhold, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 98 Rn. 13.).

686) MüKoStPO/Hauschild, 1. Aufl. 2014, StPO § 98 Rn. 20.

(2) 데이터베이스 비교조사 (형사소송법 제98a조, 제98b조 제1항)

특정한 개인(주로 혐의자)에 관한 데이터를 관청이나 민간의 데이터베이스에 있는 데이터와 비교 조사하는 비밀수사처분을 소위 '라스터판둥'(Rasterfahndung)이라 한다. 제98a조 제1항에 따르면 6개의 목록범죄[687]에 해당하는 '중요한 의미의 범죄'(Straftat von erheblicher Bedeutung)[688]가 저질러졌다는 사실적 근거가 충분히 있는 경우에 한하여 "행위자에 해당한다고 추정되는 일정한 심사표지를 충족하는 사람의 개인정보는 혐의 없는 사람을 배제하기 위하여, 또는 수사에 중요한 추가적인 심사표지를 충족하는 사람을 확인하기 위하여, 기계에 의한 방법으로 다른 데이터와 비교조사를 할 수 있다."[689] 이 처분은 사실관계 조사이거나 범인 소재 파악이 어려워 다른 방법을 통할 경우 성공할 가능성이 거의 없거나 현저히 곤란한 경우에만 명할 수 있다.

제98b조에 따르면 법원만이 데이터의 비교조사와 전달을 명할 수 있고, 지체의 위험이 있는 경우 검찰도 이를 명할 수 있지만, 검찰의 신청이 반드시 필요한 것은 아니다. 따라서 수사법관은 제165조의 요건이 충족되는 경우 데이터베이스 비교조사를 명할 수 있다. 이때 검찰의 명령은 지체 없이 법원의 승인을 받아야 하며, 검찰의 명령은 3일 이내에 법원의 승인을 못 받으면 효력을 상실한다(제98b조 제1항). 명령은 서면으로 해야 하지만(제1항 제4문), 이 경우 검찰수사관은 데이터 비교조사를 명령할 권한이 규정되어 있지 않다고 한다.

(3) 우편 및 전신(전보) 압수 (형사소송법 제99조, 제100조 제1항)

제99조의 우편 및 전신의 압수는 법원만이 할 수 있고, 지체의 위험이 있는 경우에 검찰도 할 수 있다. 검찰의 압수는 검찰이 아직 인도받지 못했을지라도 3근무일 이내에 법원의 승인을 못 받으면 효력을 상실한다(동조 제2항). 문서의 방식에 관한

---

687) 1. 위법 마약류거래 또는 무기거래, 통화위조 또는 유가증권위조 영역의 범죄, 2. 국가안보 영역의 범죄(법원조직법 제74조a, 제120조), 3. 공공위해범 영역의 범죄, 4. 신체 또는 생명, 성적 자기결정 또는 개인적 자유의 침해 범죄, 5. 영리를 위한 범죄 또는 상습적인 범죄, 6. 범죄단체구성원에 의한 범죄 또는 다른 방식으로 조직된 범죄.

688) 제100h조 제1항 제2문과 동일, 제100g조 제1항 제1문과 제100i조 제1항의 개별적으로도 중요한 의미의 범죄(keine Straftat von auch im Einzelfall von erheblicher Bedeutung)는 아니다.

689) 김한균/윤해성외, "첨단 과학수사 정책 및 포렌식 기법 종합발전방안 연구(Ⅰ)", 한국형사정책연구원, 2018, 217면.

언급은 없지만 일반적으로 우편물 압수는 서면으로 해야 하고 그 이유가 기재되어야 한다.[690]

(4) 전기통신감청 및 암호통신감청 (형사소송법 제100a조)

제100a조 제1항은 두 가지 종류의 비밀 전기통신감청을 규정하고 있다. 제1문은 전통적인 전기통신감청이다. 이에 따르면 다음 세 가지 사항을 충족하는 경우에는 당사자가 모르더라도 전기통신을 감청(감시 및 기록)할 수 있다. 세 가지 사항은 첫째, "제2항에 규정된 11개 목록의 중대한 범죄(schwere Straftat)를 정범 또는 공범으로서 저질렀다거나,"[691] "그 미수를 처벌하는 경우에는 실행에 착수했다거나 어떤 범행을 통해 이를 예비했다는 혐의가 일정한 사실에 의하여 인정되고,"[692] 둘째, "범행이 개별적으로도 중대하고,"[693] 셋째, "사실관계의 조사나 피의자의 소재 파악이 어렵거나 다른 방법으로는 현저히 곤란하거나 성공할 가망이 없어 보이는 경우이다."[694]

제2문과 제3문은 소위 암호통신감청을 규정하고 있는데, 제2문은 통신의 감청은 통신 중의 암호통신감청으로 "그 대상자가 사용하는 정보기술 시스템에 기술적 수단으로 침입하는 것이 그 감청을 암호화되지 않은 형식으로 할 수 있도록 하는 데 필요한 경우에 그 침입 방식으로도 할 수 있다."[695] 제3문은 통신 종료 후의 암호통신감청으로서 "대상자의 정보기술 시스템에 저장된 통신 내용과 상황의 감청과 녹음은 그 내용과 상황이 공공 정보통신망에서 송신이 진행되는 동안에도 암호화된 형식으로 감청과 녹음을 할 수 있을 경우에 허용된다."[696]

이러한 전기통신감청은 검찰의 신청이 있는 경우에만 법원이 명할 수 있는데, 지체의 위험이 있는 경우에 예외적으로 검찰도 명령을 할 수 있다고 한다. 검찰의 명령은 3일 내 법원의 승인을 받지 못할 경우 효력을 상실한다(제100e조 제1항). 그런 점에서

690) MüKoStPO/Günther, 1. Aufl. 2014, StPO § 100 Rn. 3.
691) BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100c Rn. 7-21.
692) BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100c Rn. 7-21.
693) BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100c Rn. 7-21.
694) BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100c Rn. 7-21.
695) 김한균/윤해성외, "첨단과학수사 정책 및 포렌식 기법 종합발전방안(II)", 한국형사정책연구원, 2019, 390면.
696) 박희영, "수사 목적의 암호통신감청(Quellen TKÜ)의 허용과 한계", 형사정책연구 제29권 제2호(통권 제114호), 2018, 32-41면; 박희영, "암호통신감청 및 온라인수색에서 부수처분의 허용과 한계", 형사정책연구 제30권 제2호(통권 제118호), 2019, 113-145면.

검찰수사관은 신청권한이나 예외적인 긴급권도 갖지 않는다. 명령의 기간은 최대 3개월인데, 연장은 기존의 수사결과를 고려하여 명령의 요건이 존속하는 한도에서 매번 3개월 이내로 허용된다. 또한 제100e조 제3항에 따르면 명령은 서면으로 하되, 명령의 결정문에는 다음 사항이 기재되어야 한다.

1. 가능한 한, 조치가 대상으로 삼는 대상자의 이름과 주소.
2. 조치를 명한 근거가 되는 범죄혐의.
3. 조치의 종류와 범위, 기간, 종료시점.
4. 조치로써 수집하려는 정보의 종류와 그 정보가 형사절차에서 갖는 의미.
5. 제100a조에 따른 조치에서는 전화번호나 그 밖에 감청하려는 통신장치의 다른 표지 또는 단말기가 동시에 다른 단말기에 속해 있다는 것이 일정한 사실에서 드러나지 않는 한 그 단말기의 다른 표지. 암호통신감청에 해당하는 사안에서는 침입해야 하는 정보기술시스템의 가능한 한 정확한 표시.

명령의 요건이 더 이상 존재하지 않으면, 그 명령에 근거한 처분은 지체 없이 종료해야 한다. 처분의 종료 후 명령을 내린 법원에 그 결과를 알려야 한다. 명령의 요건이 더 이상 존재하지 않으면, 이미 검찰에 의하여 처분이 중단된 것이 아닌 한, 법원은 그 중단을 명해야 한다.

한편, 통신감청명령의 경우 온라인 수색 명령과 주거내 음성감청과 같이 이메일로 전송할 수 있다. 이에 대한 설명은 기본적으로 온라인 수색에서의 명령과 동일하다. 다만 통신감청은 검찰이나 검찰수사관의 긴급명령권이 허용되지 않는 점에서 차이가 있을 뿐이다.

(5) 주거외 음성감청 (형소법 제100f조)

제100c조가 주거 내에서 행해지는 비밀 대화를 감청하는데 반하여 제100f조는 주거 밖에서의 비공개 대화 감청을 허용하고 있다. 제100조 제1항에 따르면 누군가가 전기통심감청대상범죄(제100a조 제2항)에 규정된 범죄를 정범 또는 공범으로서 개별 사안에서도 중대하게 평가되게 저질렀다거나, 미수를 처벌하는 사안에서 실행에 착수했다는 혐의의 근거가 되는 일정한 사실이 인정되고, 사실관계의 조사 또는 피의자의 소재지 파악이 다른 방법으로는 성공할 가망이 없거나 현저히 곤란할 것으로 예상되는 경우에는, 주거 외에서 행해지는 비공개 대화를 기술적 수단을 통하여 비밀리에

엿듣고 기록할 수 있다.

제100e조의 준용 규정에 따라 전기통신감청과 같이 이 처분은 검찰의 신청이 있는 경우에만 법원이 명할 수 있다. 지체의 위험이 있는 경우에도 검찰이 명령을 할 수 있다. 검찰의 명령은 3근무일 이내에 법원의 승인을 받지 못하는 한도에서 효력을 잃는다. 명령의 기간은 최대 3개월이다. 연장은 기존의 수사결과를 고려하여 명령의 요건이 존속하는 한도에서 매번 3개월 이내로 허용된다. 명령은 서면으로 하고 전기통신감청의 결정문의 기재 내용이 준용된다. 명령의 요건이 더 이상 존재하지 않으면, 그 명령에 근거한 처분은 지체 없이 종료해야 한다.[697]

한편, 주거외 음성감청에 대응하는 우리의 규정은 타인의 비밀대화 침해금지를 규정하고 있는 통신비밀보호법 제14조이다. 다만, 통비법 제14조는 주거내외를 구분하지 않고 있다.

(6) 통신사실확인자료의 수집 및 통신기지국수사 (형사소송법 제100g조)

우리 통신비밀보호법상의 통신사실확인자료의 제공요청 규정(동법 제13조)에 대응되는 독일 형사소송법 규정은 제100g조로 볼 수 있다.[698] 이 조항의 법적 성격은 2015.12.18. 개정되기 전에는 비밀수사처분이었다. 하지만 2010.3.10. 이 조항은 연방헌법재판소로부터 위헌판결[699]을 받아 2015.12.18. 개정되면서 종전의 비밀처분에서 공개처분으로 그 법적 성격이 변경되었다.

제100g조는 통신사실확인자료를 트래픽데이터(Verkehrsdaten)으로 표현하고 있다. 이 조항은 2010.3.10. 제100g조는 트래픽데이터를 구분하여 그 수집요건을 달리하고 있었다. 동조 "제1항은 ISP가 업무상 목적으로 수집하여 이용할 수 있는 전기통신법 제96조의 트래픽데이터를,"[700] "제2항은 전기통신법 제113b조에 의해서 ISP가

697) BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100f Rn. 7-15.

698) 구체적인 내용에서 차이는 있지만 그 기능이 동일하므로 같은 의미로 사용한다. 이에 대해서 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 212-217면 참조.

699) BVerfG, Urteil vom 2. 3. 2010 - 1 BvR 256/08 u.a., NJW 2010, 833.

700) 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 209면.

의무적으로 보관해야 하는 트래픽데이터를 수집하도록 규정하였다."[701] "전기통신법 제96조 제1항의 트래픽데이터를 수집하기 위해서는 개별적으로도 중요한 의미를 가지는 범죄(특히 통신감청 대상 범죄)와 전기통신을 수단으로 하는 범죄의 혐의가 있고 사실관계를 조사하기 위해서 필요하고 데이터의 수집이 사건의 의미와 적정한 관계에 있어야 한다."[702]이에 전기통신을 수단으로 한 범죄는 사실관계의 조사가 다른 방법으로는 가망이 없는 경우의 요건이 추가되었다(제1항). "한편 제100g조 제1항에 의해서 장래 및 실시간 트래픽데이터의 수집이 가능하다."[703] 또한 "제100g조 제1항의 요건을 갖춘 경우 이용대기상태의 휴대전화 위치정보도 수집이 가능해졌다(전기통신감청령 제32조 제3항)."[704]

이에 반하여 형사소송법 제100g조 제2항은 우선 전기통신법 제113b조에 의하여 "공중전화 서비스 및 인터넷 접속 서비스와 관련하여 생성되는 트래픽데이터는 10주간, 이동통신서비스와 관련한 위치데이터는 4주간 보관해야 된다."[705] "하지만 통신의 내용, 인터넷사이트 방문 데이터, 전자우편서비스의 데이터는 저장에서 제외되었다."[706] 그리고 형사소송법 제100g조 제2항에 의하여 "트래픽데이터가 수집되기 위해서는 '특별히 중대한 범죄'를 범한 혐의가 있어야 하며,"[707] "특별히 중대한 범죄는 형사소송법 제100g조 제2항에 21개의 범죄 목록으로 열거되어 있다."[708] "그 행위는 구체적인 경우에도 중대해야 하고, 사실관계의 조사나 피의자의 소재지 수사가 다른 방법

701) 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 213면.
702) 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 213면.
703) 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 214면.
704) 이에 대해서 박희영, "이용대기상태의 휴대전화 위치정보 수사의 허용과 입법방향", 형사정책연구 제31권 제2호, 2020, 98-101 참조.
705) 보관의무 위반 시 50만 유로의 과태료의 제재를 받는다(전기통신법 제149조 제1항 제36호).
706) 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 214면.
707) 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 214면.
708) BVerfGE 109, 279 (347 f.) = NJW 2004, 999; BVerfGE 125, 260 (328 f.) = NJW 2010, 833.

으로는 본질적으로 어렵거나 가망이 없어야 하며,"[709] "데이터의 수집은 사안의 의미와 적정한 관계에 있어야 한다."[710] "제100g조 제2항에 따른 트래픽데이터의 수집은 데이터가 실제로 저장되어 있는 것을 전제로 하므로 과거의 트래픽데이터를 대상으로 한다."[711] "따라서 장래 또는 실시간 트래픽데이터의 수집은 이 조항에 의해서 허용되지 않는다."[712]고 해야 한다.

한편, 제100g조는 제3항에서 통신기지국수사도 규정하고 있다. 동조 제3항에 따르면 "기지국 수사(Funkzellenabfrage)란 기지국에서 생성되는 모든 트래픽데이터를 수집하는 것을 말한다(제100g조 제3항 제1문)."[713] "기지국 수사는 전기통신법 제96조 제1항과 제113b조에 따라 그 요건이 다르게 규정되어 있다."[714] "전기통신법 제96조 제1항에 따라 저장되어 있는 데이터에 접근될 수 있는 무선기지국 수사는 특히 전기통신감청 대상범죄와 같이 개별적으로 중요한 의미를 가지는 범죄에 대한 혐의가 있어야 하고(제1호),"[715] "데이터의 수집은 사건의 의미와 비례관계에 있어야 하며(제2호),"[716] "엄격한 보충성 조항으로써 사실관계의 조사 또는 피의자의 소재지 수사가

---

709) 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 214면.

710) BT-Drs. 18/5088, 31.

711) 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 214면.

712) 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 213-214면.

713) "기지국 수사란 신원이 확인되지 않은 행위자의 위치정보를 수집하는 협의의 기지국 수사만을 의미한다. 행위자의 신원이 알려진 경우의 광의의 기지국 수사는 다른 사람의 트래픽데이터가 침해될 소지가 없기 때문에 기지국 수사에서 제외된다. 이 경우에는 일반적인 통확자료 요청 절차에 따른다."; 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 ·겨울), 2017, 216면.

714) 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 216면.

715) 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 216면.

716) 민영성/박희영, "통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여", 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 216면.

다른 방법으로는 가망이 없거나 본질적으로 어려워야 한다(제3호).”[717] 이 경우 검사의 긴급명령권도 인정된다. 반면, “전기통신법 제113b조에 의해서 저장되어 있는 데이터에 접근해야 하는 기지국 수사는 ‘특별히 중한 범죄’의 혐의가 있고 그 행위가 개별적인 경우에도 특별히 중한 경우여야 하며 사실관계의 조사 또는 피의자의 소재지 수사가 다른 방법으로는 어렵거나 가망이 없고 데이터의 수집이 사건의 의미와 적정한 관계에 있어야 한다.”[718] 따라서 제100g조의 절차조항인 제101a조 제1항 제1문은 제100e조를 일반적으로 준용하고 있으므로 통신사실확인자료의 수집은 기본적으로 법관유보가 적용된다. 또한 여기에도 지체의 위험이 있는 경우 검사의 긴급명령권이 적용되고 3일 이내에 법관의 승인을 받지 못하면 그 명령은 효력을 잃는다(제100e조 제1항 제2문).

그러나 저장되어 있는 데이터와 관련하여 예외가 존재한다(제101a조 제1항 제2문). 기본적인 법관유보는 제100g조 제1항 내지 제3항에 따른 모든 제한처분에 적용되지만, 지체의 위험이 있는 경우 검사의 긴급명령권은 제100g조 제1항에 따른 통신사실확인자료의 수집과 제100g조 제3항 제1문에 따른 통신기지국수사에만 적용된다. 제100e조 제1항 제3문에서 검사의 긴급명령권은 3일 후 법관의 승인이 없으면 자동으로 효력을 상실한다. 제100e조 제1항 제2문과 제3문의 지체의 위험 조항의 수용은 제101a조 제1항 제2문에 의하면 제100g조 제2항의 경우, 제100g조 제3항 제2문과 관련해서도 저장데이터에 대한 접근과 관련된 통신기지국수사에서도 배제된다.[719]

또한 의무적으로 저장되어야 하는 통신사실확인자료의 수집의 두 가지 사례에서 지체의 위험을 이유로 한 검찰의 긴급명령은 존재하지 않는다. 이 경우에는 전기통신법 제113b조 제1항에 따라 10주간 원인 없이 데이터가 저장되므로 즉시 긴급명령이 필요한 통신료정산목적의 경우보다 신속한 데이터의 상실 위험으로 위협되지 않기 때문이다.[720] 이는 과거의 통신사실확인자료에 대해서는 검찰의 긴급권을 인정하지

717) 민영성/박희영, “통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여”, 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 216면.

718) 민영성/박희영, “통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여”, 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울), 2017, 215면.

719) BeckOK StPO/Bär, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 101a Rn. 6-13.

720) BeckOK StPO/Bär, 36. Ed. 1.7.2020, StPO § 101a Rn. 8.

않은 점은 검찰 또는 사법경찰관에게 이를 인정하고 있는 우리 통신비밀보호법 제13조 제3항과 제4항[721]과 차이가 있다.

(7) 주거 외에서 촬영, 감시 등 기술적 수단을 이용한 수사(형소법 제100h조)

사실관계의 조사나 피의자의 소재를 파악하는 것이 다른 방법을 통해서는 성공할 가망이 적거나 곤란할 것으로 예상되는 경우에, 1. 촬영 행위, 2. 그 밖에 특히 감시 목적을 위하여 정해진 기술적 수단을 이용하는 행위를 당사자 몰래 주거 밖에서 할 수 있다. 감시 목적으로 기술적 수단을 이용하는 행위는 중요한 의미가 있는 범죄(eine Straftat von erheblicher Bedeutung)에 대해서만 허용된다. 피의자가 아닌 사람에 대해서는 추가 요건이 필요하다. 감시 등 기술적 수단으로 GPS 위치추적기, 드론(녹화 및 녹음 기능이 없는) 등이 포함된다.[722]

제100h조의 기본권 제한에는 법관의 명령이 규정되어 있지 않다. 따라서 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 관련 명령을 내릴 수 있다.[723] 명령의 형식이나 내용이 언급되어 있지 않다. 하지만 사후권리보호에 관한 규정(제101조 제7항 제2문 내지 제4문)이 적용된다. 기술적 수단의 설치는 제100b조 제2항을 준용하고 있지 않지만 문서로 기록되어야 한다.[724] 기한의 정함이 없지만 단기간만 허용될 필요가 있다. 왜냐하면 장기감시는 제63f조에서 규정하고 있고 그 기간은 3개월 이내이기 때문이다.

(8) 이동통신기기의 번호 및 가상기지국 수사 (제100i조)

제100i조는 휴대전화와 같은 이동통신기기의 기기번호(IMEI)[725]와 그 기기에 내장

---

721) 통신비밀보호법 (1) 제1항 및 제2항에 따라 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다. 다만, 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받을 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 통신사실 확인자료제공을 요청한 후 지체 없이 그 허가를 받아 전기통신사업자에게 송부하여야 한다. (4) 제3항 단서에 따라 긴급한 사유로 통신사실확인자료를 제공받았으나 지방법원 또는 지원의 허가를 받지 못한 경우에는 지체 없이 제공받은 통신사실확인자료를 폐기하여야 한다.

722) BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100h Rn. 5.

723) BeckOK StPO/Hegmann, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 100h Rn. 18.

724) BVerfG, Urteil vom 12.04.2005 - 2 BvR 581/01, Rn 62. Global Positioning System (https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv112304.html) (최종검색 2020.09.08.)

725) International Mobile Equipment Identity.

된 카드 번호(IMSI)[726] 그리고 이동통신기기의 위치를 수사하는 기본권 제한이다. 이동통신기기의 위치수사는 소위 '가상기지국수사"를 말한다. 즉 IMSl-Catcher라는 기술적 수단을 이용하여 가상기지국을 설치한 다음 그 기지국 내에 들어있는 휴대전화의 심카드를 통해서 전화번호를 알아내어 찾고자 하는 사람의 위치를 확인하는 수사방법이다.[727]

제100i조에 따르면 누군가가 정범 또는 공범으로서 개별적으로도 중요한 의미가 있는 범죄(eine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung), 특히 감청대상범죄(제100a조 제2항)를 저질렀다거나, 미수를 처벌하는 경우에는 실행에 착수했다거나 또는 다른 범행을 수단으로 예비했다는 혐의가 일정한 사실에 근거해 인정되면, 사실관계의 조사 또는 피의자의 소재 파악을 위하여 필요한 경우에 한하여, 1. 이동통신기기의 기기번호와 그 기기에 내장된 카드 번호 그리고 2. 이동통신기기의 위치를 기술적 수단을 통해 수사할 수 있다(동조 제1항).

가상기지국의 설치의 명령은 법원이 한다(제162조, 제169조). 하지만 지체의 위험이 있는 경우 검찰이 할 수 있다(제100i조 제3항 제1문 및 제100e조 제1항 제1문과 제2문). 검찰의 긴급명령은 3일 이내에 법관의 승인을 받지 못하면 효력을 상실한다. 그 때까지 확보한 정보는 사용될 수 있다(제100e조 제1항 제3문).[728] 법원 및 검찰의 명령은 문서로 해야 하며(제100i조 제3항 제1문과 제100e조 제3항 제1문). 명령의 기간은 6개월로 정해져 있고 연장할 수 있다.

(9) 통신가입자의 통신자료제공 및 단말기 접근 데이터 제공(형사소송법 제100j조)

제100j조는 수사기관이 전기통신사업자에게 두 가지 종류의 데이터를 제공 요청할 수 있다고 규정한다. 하나는 통신가입자의 통신자료(Bestandsdaten)이고, 다른 하나는 단말기 대한 접근 데이터이다. 통신자료란 통신가입자가 전기통신서비스 계약을 체결, 계약의 내용, 형식, 변경 또는 해지에 수집되는 데이터를 말한다. 이것은 우리 전기통신사업법 제83조 제3항의 통신자료에 대응하는 규정이다. 동조 제1항 제1문은

726) International Mobile Subscriber Identity.
727) 박희영, "IMSI 및 IMEI와 휴대전화의 위치 확보의 합헌성 여부, - 독일 연방헌법재판소의 IMSI-Catcher 의 설치에 대한 결정 -", 법제, 법제처, 2009, 62-87 참조.
728) BeckOK StPO/Hegmann, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 100i Rn. 12.

통신가입자의 통신자료의 요청에 관한 규정이다. 이에 따르면 사실관계의 조사 또는 피의자 소재지 파악을 위하여 필요한 경우에 전기통신사업자 또는 이에 협력하는 자에게 전기통신법 제95조(계약관계), 제111조(보안기관이 요청하는 데이터)에 따라 취득한 데이터의 제공을 요구할 수 있다(통신법 제113조 제1항 제1문)고 규정하고 있으며, 통신가입자의 통신자료의 요청에는 법관유보가 적용되지 않는다.[729] 따라서 검찰이나 검찰수사관은 이러한 자료의 제공을 요청할 수 있다. 전기통신법 제113조는 전기통신사업자가 제공해야 될 절차를 규정하고 있는데, 이에 따르면 정보의 요청은 기본적으로 텍스트형식으로 한다고 되어 있지만, 예외적으로 팩스나 전자적으로 저장된 형식으로 요청할 수도 있다. 그리고 긴급한 경우 요청은 이후에 텍스트로 보충될 수 있다(전기통신법 제113조 제2항 제3문)고 한다.

동조 제1항 제2문은 단말기나 저장매체 또는 이와 공간적으로 분리된 저장매체에 대한 접근 데이터의 제공을 규정하고 있다. 여기서 접근데이터는 주로 비밀번호를 말한다. 즉 스마트폰의 PIN이나 인터넷 메일박스, 클라우드 서비스 아이디와 비밀번호 등을 말한다.[730] 동조 제1항 제2문에 따르면 단말기에 대한 접근 또는 단말기 내에 설치되어 있거나 단말기와 공간적으로 분리된 저장장치에 대한 접근을 보호하는 데이터의 제공을 요구하는 경우(전기통신법 제113조 제1항 제2문), 데이터의 이용에 관하여 법률에 규정된 요건이 인정되는 경우에만 해당 정보가 요구될 수 있다.

이 조항은 2012.1.24. 연방헌법재판소의 결정에 따라 개정된 것이다. 그 이전에는 접근데이터의 제공에 대한 규정이 존재하지 않아 수사기관은 수사일반규정(형사소송법 제161조 제1항)에 따라서 수집하였다. 하지만 이러한 관행은 법원의 명령 없이 접근데이터를 제공받는 것은 헌법에 위반된다고 보았다.[731] 이에 따라 단말기의 접근데이터의 제공 요구는 검찰의 신청이 있는 경우에만 법원이 명할 수 있도록 개정되었다. 지체의 위험이 있는 경우에도 검찰 또는 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다. 이 경우에는 지체 없이 법원의 재판이 보완돼야 한다. 법원의 판단을 적시에 받지 못하는 경우 그 결과가 무엇인지는 법률은 규정하고 있지 않다. 하지만 전기통신

729) BeckOK StPO/Graf, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100j Rn. 11.
730) BeckOK StPO/Graf, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100j Rn. 19.
731) BVerfG, Beschl. v. 24. 1. 2012 – 1 BvR 1299/05, NJW 2012, 1419 Rn. 183 ff.; BeckOK StPO/Graf, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100j Rn. 16.

감청과 비교해 보면 3일 이후의 효력 무효가 명령되어 있으므로 검찰의 긴급명령은 이 경우에 자동적으로 효력을 상실한다고 볼 수 있다.

한편, 제1항에 따른 정보제공은 일정한 시간에 할당된 IP주소에 기초하여 요구할 수도 있다(통신법 제113조 제1항 제3문, 제113c조 제1항 제3호). 즉 확보된 IP주소를 통해서 IP주소가 할당된 회선을 사용한 통신가입자를 확인하고 관련 통신자료를 전기통사업자에게 요청하는 것이다.

(10) 수색절차 (형사소송법 제103조 제1항 제2문과 관련한 제105 제1항)

오직 법관만이 수색을 명할 수 있고, 지체의 위험이 있는 경우 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다. 제103조 제1항 제2문[732]에 따른 수색은 법관이 명한다. 이 경우 검찰도 지체의 위험이 있는 경우 이를 할 수 있다(제1항). 주거나, 사무실 또는 관리하는 부동산에 관한 수색이 법관 또는 검사의 참관 없이 실시되는 때에는 가능한 그 지역의 지방자치단체 공무원 1인 내지 주민 2인이 참관해야 한다. 경찰공무원이나 검찰수사관은 수색에 참관할 지방자치단체 주민이 될 수 없다(제2항).

또한 수색할 장소나 물건의 점유자는 수색에 참여할 수 있다. 점유자가 부재중이면, 대리인, 성년인 친족, 동거인 또는 이웃이 참관하도록 해야 한다(제106조 제1항). 피의자 아닌 사람에 대하여 수색하는 경우(제103조 제1항) 점유자 또는 그의 부재 중에 참관한 사람에게 수색 개시 전에 수색의 목적을 알려주어야 한다(제106조 제1항). 수색의 대상자에게는 수색 종료 후에 요구가 있으면 수색의 사유(제102조, 제103조)와 제102조에 해당하는 사안에서는 그 범행을 기재하여 서면으로 통지해야 한다(제107조 제1문).

수색명령의 형식이 규정되어 있지 않지만 연방헌법재판소 결정[733]에 따르면 서면

732) 제103조 (그 밖의 사람과 관련한 수색) (1) "그 밖의 사람에 관한 수색은 오로지 피범행혐의자의 체포, 범행 흔적의 추적 또는 일정한 대상물의 압수를 위하여만, 그리고 그 추적 중인 사람, 범행 흔적 또는 물건이 수색할 장소 내에 있다고 추론하게 하는 사실이 인정되는 경우에 한하여 허용된다. 형법 제89조a 또는 형법 제89조c 제1항 내지 제4항의 범죄 또는 형법 제129조a, 형법 제129조b 제1항 중 제129조a 부분의 범죄 또는 이 조항에 규정된 범죄 중 하나를 저질렀다는 현저한 혐의가 있는 피범행혐의자의 체포를 목적으로 하여 주거와 그 밖의 장소에 대한 수색은 그 장소들이 건조물 내에 위치하고 그 내부에 피범행혐의자가 체류한다는 것이 사실에 근거해 인정되는 경우에도 허용된다"(김한균/윤해성외, 첨단 과학수사 정책 및 포렌식 기법 종합발전방안 연구(Ⅰ), 한국형사정책연구원, 2018, 372면).

733) BVerfG, Beschluss vom 24.05.2006 - 2 BvR 1872/05, BeckRS 2006, 23354.

형식을 요구하고 있다. 하지만 연방헌법재판소와 연방대법원은 긴급한 경우 구두, 전화, 팩스 또는 이메일 수색명령도 허용된다고 보고 있다.[734] 하지만 이 경우 특별한 긴급성이 존재해야 하고 구두 명령은 법관이나 검찰을 통해서 내용과 목적 그리고 특별한 긴급성의 이유가 문서로 기록되어야 한다.[735] 수색명령은 압수명령과 동시에 내려질 수 있다. 하지만 압수명령이 수색명령을 대체해서는 안 된다.[736]

(11) 저장매체 열람 (형사소송법 제110조 제3항)

수색 대상자의 전자저장매체에 대한 열람은 전자저장매체와 공간상 분리되어 있는 다른 저장매체로 까지도 확장될 수 있다. 이러한 열람은 그 전자저장매체를 통하여 다른 저장매체에 접근하는 방법으로 이루어진다. 접근할 수 있는 사유는 접근을 하지 않으면 대상 데이터를 찾지 못하거나 상실할 염려가 있는 경우에 한한다. 아울러 심리에 의미가 있거나 있을 수 있는 데이터는 저장이 가능하다. 이 경우 제98조 제2항을 준용한다. 따라서 법원의 명령 없이 대상을 열람한 검찰이나 검찰수사관은 열람한 당시에는 그 대상자나 그의 성년 가족이 참석하지 않거나 또는 그 대상자 또는 부재시에는 성년인 가족이 열람에 대하여 명시적으로 이의를 제기한 경우에는 열람 종료 후 3일 이내에 법원에 승인을 신청해야 한다.

(12) 아동음란물 제작·배포 등 수사를 위한 특별절차(형사소송법 제110d조)

사이버그루밍(Cybergrooming) 미수범 처벌을 위한 형법개정을 통하여 아동음란물 제작·배포 등 수사와 관련한 규정이 형법과 형사소송법에 각각 도입되었다.[737] 형법 제184b조는 수사기관이 수사절차의 직무 수행과 관련하여 아동음란물의 제작·배포

---

734) BVerfG Beschl. v. 23.7.2007 – 2 BvR 2267/06, BeckRS 2007, 25604; BGH NStZ 2005, 392; BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 105 Rn. 11; KK-StPO/Bruns, 8. Aufl. 2019, StPO § 105 Rn. 3.

735) BVerfG Beschl. v. 23.7.2007 – 2 BvR 2267/06, BeckRS 2007, 25604; LG Fulda StraFo 2018, 149.

736) KK-StPO/Bruns, 8. Aufl. 2019, StPO § 105 Rn. 3.

737) Das Siebenundfünfzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Versuchsstrafbarkeit des Cybergroomings v. 3.3.2020 (BGBl. 2020 I 431). 이 법률은 2020.1.17. 연방의회에서 의결되어 2020.3.12. 발효되었다. 이 법률의 도입과정과 구체적인 내용에 관해서는 신상현, 아동·청소년 대상의 디지털 성범죄 수사를 위한 잠입수사관 제도의 도입방안, 고려법학 제97호 2020.6, 160-170면; 입법이유에 대해서는 박희영, "사이버그루밍(Cybergrooming) 미수 처벌에 관한 형법 개정 법률안 의결", 최신독일법제동향, 로앤비, 2020.10, 1-8면 참조.

등을 하는 경우에는 본조의 구성요건해당성을 배제하고 있다(제5항). 즉 수사기관이 아동음란물을 배포 또는 공중에게 접근시키거나(제1항 제1호)와 아동음란물을 제작, 취득, 인도, 보관, 공여, 광고를 하거나 일정한 요건에서 수입 또는 수출한 경우(제1항 제4호)에는 예외를 허용한 것이다.[738] 다만, 두가지 요건이 충족되어야 한다. 첫째, 수사기관의 행위는, 실제의 사건을 재현하지 않고 또한 아동이나 청소년의 사진촬영을 이용하지 않고 제작된 아동음란물과 관련되어야 한다(제5항 제2문 제1호). 이것은 컴퓨터를 이용하여 생성되는 아동음란물을 의미한다. 둘째, 사실관계의 규명이 다른 방법으로는 가망이 없거나 본질적으로 어려워야 한다(제5항 제2문 제2호). 즉 보충성 원칙을 갖추어야 한다.

형사소송법은 아동음란물 제작·배포 등 수사를 위해서 비밀수사관을 투입하는 특별절차를 제110d조에서 도입하고 있다. 이러한 비밀수사관의 투입에는 법원의 동의가 필요하다. 비밀수사관의 투입청구서에는 이를 수행하는 비밀수사관이 이러한 투입에 대해 상당한 준비가 되어 있었다는 점을 명시해야 한다. 즉 컴퓨터를 이용하여 생성되는 아동음란물의 제작과 유포에는 특별한 위험이 따르기 때문에 투입되는 비밀수사관은 특별한 자격을 갖추어야 하기 때문이다.[739] 제110d조는 형법 제184b조 제5항 제2문과 달리 비밀수사관을 경찰관으로 명시하고 있다. 따라서 검사나 검찰수사관(법원조직법 제152조 제2항)도 이를 수행할 수 있는지 문제가 될 수 있다. 이 규정의 의미와 목적을 고려하면 법관유보를 조건으로 이들의 투입도 가능하다고 본다.[740] 지체의 위험이 있는 경우에는 검사의 동의로 충분하다. 하지만 이 경우에는 3근무일 이내에 법원의 승낙을 받지 못하면 그 투입은 종료된다. 법원의 결정은 문서로 행해지며 기간이 정해져야 한다. 기간이 명시적으로 규정되어 있지 않기 때문에 비례성원칙에 따라서 법관이 정할 수 있다.[741] 투입의 요건이 존재하는 한 그 연장이 가능하다.

한편, 제110d조는 비밀수사처분 조항들의 공통적인 사항인 통지의무, 삭제의무 그리고 권리보호를 규정하고 있는 제101조를 언급하고 있지 않다.

---

738) BeckOK StGB/Ziegler, 47. Ed. 1.8.2020, StGB § 184b Rn. 20c.
739) BeckOK StPO/Ziegler, 37. Ed. 1.7.2020, StPO §110d Rn. 4.
740) BeckOK StPO/Ziegler, 37. Ed. 1.7.2020, StPO §110d Rn. 4.
741) BeckOK StPO/Ziegler, 37. Ed. 1.7.2020, StPO §110d Rn. 6.

(13) 압수 및 재산가압류 명령 절차 (형사소송법 제111j조 제1항)

압수와 재산 가압류는 법원이 명한다. 지체의 위험이 있는 경우 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명령할 수 있다. 검찰이 압수 또는 가압류를 명했으면, 검찰은 1주일 이내에 법원에 명령의 승인을 신청한다. 동산의 압수를 명한 경우에 적용하지 않으며, 대상자는 모든 사안에서 법원에 재판을 신청할 수 있다(동조 제2항).

(14) 문서와 장치의 압수 (형사소송법 제111q조 제4항)

형법 제74d조의 의미에서 정기적으로 발간되는 기록물 또는 그 생산에 필요한 기록물 또는 일정한 장치의 압수는 법원이 명한다. 형법 제74d조의 의미에서 지체의 위험이 있을 수 있는 경우에는 검찰도 그 밖의 기록물 또는 그 생산에 필요한 기록물 또는 일정한 장치의 압수를 명할 수 있다.

(15) 검문에서 수집한 데이터의 저장과 비교조사(형사소송법 제163d조 제2항)

제163d조는 국경경찰이 검문 시 수집한 데이터의 저장과 비교조사를 규정하고 있다. 제1항에 따르면 특정한 범죄[742]를 저질렀다는 혐의가 일정한 사실로써 뒷받침되면, 국경경찰이 검문하면서, 제1호의 경우에는 제111조에 따른 검문을 하면서 수집한 신원에 관한 데이터와 범행의 규명 또는 범인의 체포에 중요할 수 있는 제반 사정에 관한 데이터의 경우, 그 이용이 범인을 체포하거나 범행을 규명할 수 있고 그 처분이 사안의 중대성에 비하여 비례성을 벗어나지 않는다는 인정을 정당화하는 사실이 있는 경우에 이를 전산자료에 저장할 수 있다. 이는 제1문의 경우에 여권과 신분증이 자동으로 판독되는 때도 마찬가지다. 데이터의 전달은 형사소추관청에만 할 수 있다. 이러한 처분은 법관만이 명할 수 있고, 지체의 위험이 있는 경우 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다.

(16) 경찰 검문 시의 관찰수배 (형사소송법 제163e조)

경찰 검문 시 인적사항의 확인이 허용되는 관찰수배는 중대한 범행을 저질렀다고

742) 1. 제111조에 규정된 범죄 (형법 제89a조 또는 제89c조 제1항 내지 제4항에 따른 범죄 또는 형법 제129a조, 형법제129b조 제1항 중 제129a조 부분에 따른 범죄, 형법 제129b조 제1항에 규정된 범죄 중의 하나 또는 형법 제250조 제1항 제1호에 따른 범죄. 2. 전기통신감청대상범죄 중 일부(제100a조 제2항 제6호 내지 제9호, 제11호에 규정된 범죄).

인정할 충분한 사실적 근거가 있는 경우에 명할 수 있다. 명령은 피의자만을 대상으로 하고, 사실관계의 조사 또는 범인 소재지의 파악이 다른 방법으로는 성공할 가능성이 매우 낮거나 현저히 곤란할 경우에만 할 수 있다. 피의자가 아닌 사람을 대상으로 하는 처분은 그 사람이 범인과 연락하고 있거나 그런 연락을 하리라는 것과 그 처분이 사실관계의 조사 또는 범인 소재지의 파악을 가능하게 하며 다른 방식으로는 성공할 가능성이 매우 낮거나 현저히 곤란할 것이 일정한 사실에 근거하여 인정되는 경우에만 허용된다(동조 제1항).

동조 제4항에 따르면 경찰에 의한 관찰을 위한 수배는 법원만이 명할 수 있다. 이는 곧 지체하면 위험할 우려가 있는 때에 한하여 검찰도 이를 명할 수 있다. 검찰의 긴급명령은 지체 없이 법원에 명령의 승인을 신청한다. 검찰의 명령은 3근무일 이내에 법원의 승인을 받지 못하는 한도에서 효력을 잃는다. 명령의 기간은 최장 1년을 넘지 못한다. 매회 3개월을 초과하지 않는 기간 내의 연장은 명령의 요건이 존속하는 경우에 허용된다.

(17) 장기 감시 (형사소송법 제163f조 제3항)

중대한 의미의 범행을 저질렀다고 인정할 충분한 사실적 근거가 존재하는 경우 피의자의 관찰을 명할 수 있다(장기감시). 장기감시에는 연속하여 24시간 이상 지속해야 하는 감시와 2일 이상 연달아서 해야 하는 감시가 있다. 이러한 처분은 사실관계의 조사 또는 범인 소재지의 파악이 다른 방식으로는 성공할 가능성이 매우 낮거나 현저히 곤란할 경우에만 명할 수 있다. 이 처분은 법원만이 명할 수 있고, 지체의 위험이 있는 경우에는 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다. 검찰 또는 검찰수사관의 명령은 3일 내에 법원의 승인을 받지 못하면 효력을 잃는다. 명령의 기간은 최대 3개월이다. 연장은 기존의 수사결과를 고려하여 명령의 요건이 존속하는 한도에서 매번 3개월 이내로 허용된다. 명령은 서면으로 하고, 명령서의 기재사항은 제100조a 내지 제100조c에 따른 조치의 절차에 관한 제100e조 제3항을 준용한다.[743]

743) BeckOK StPO/von Häfen, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 163f Rn. 6-11.

(18) 기타

그 외 기타 사항으로는 다음과 같다. 형사소송법 제81a조 (피의자 혈액표본의 채취 등) 제2항 : 제1항에 따른 명령권은 법관에게 있고, 지체의 위험이 있는 경우 검사의 실효성을 해할 위험이 있는 때에는 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)에게도 있다. 형사소송법 제81f조 (분자유전학적 검사 절차) 제1항 : 제81e조 제1항에 따른 검사는 대상자의 서면 동의가 없으면 법원만이 명할 수 있고, 지체의 위험이 있는 경우에는 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다.

하지만 음주운전 등(형법 제315a조 제1항 제1호, 제2항과 제3항, 제315c조 제1항 제1호 제a목, 제2항과 제3항 또는 제316조의 범죄)이 저질러졌다는 혐의가 일정한 사실에 근거하는 경우에 혈액표본의 채취에는 법관의 명령이 필요하지 않다. 형사소송법 제81g조 (DNA 신원확인) 제3항 : 체세포의 채취는 피의자의 서면 동의가 없으면 법원만이 명할 수 있고, 지체의 위험이 있는 경우에는 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다. 형사소송법 제105 (수색절차) 제1항 : 수색은 법관만이 명할 수 있고, 지체의 위험이 있는 경우에는 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)이 명할 수 있다. 제103조 제1항 제2문에 따른 수색은 법관이 명한다. 검찰은 지체의 위험이 있는 경우에 이를 할 수 있다. 형사소송법 제111조 (일반인에게 개방된 장소에 검문소의 설치) 제2항 : 검문소를 설치하는 명령은 법관이 한다; 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)은 지체의 위험이 있는 경우에 검문소 설치를 명할 수 있다. 형사소송법 제131조 (체포를 위한 지명수배) 제1항 : 구속명령 또는 수용명령에 근거해 법관이나 검찰 그리고 지체의 위험이 있는 경우에 검찰수사관(법원조직법 제152조)은 체포를 위한 지명수배를 할 수 있다. 형사소송법 제131c조 (수배조치의 명령과 승인) 제1항 : 제131a조 제3항과 제131b조에 따른 수배는 법관만이 명할 수 있고, 지체의 위험이 있는 경우에 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다. 형사소송법 제132조(담보제공, 송달영수인) 제2항 : 명령은 법관만이 할 수 있고, 지체의 위험이 경우에 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다. 형사소송법 제443조 제2항 (재산압류) : 압류는 법관이 명한다. 지체의 위험이 있는 경우에 검찰은 잠정적으로 압류를 명할 수 있다 등이다.

다. 수사기관의 독자적 권한

독일 형사소송법은 수사기관의 독자적인 기본권 제한 규정을 인정하고 있다. 따라서 여기에는 법관유보가 적용되지 않는다. 검찰과 경찰은 형사소송법 제127조의 현행범 체포, 제81b조의 피의자와 관련한 감식 조치(사진촬영 및 지문채취)[744], 제163b조의 신원확인 조치[745]에서 독자적인 명령권한을 가진다. 제131조 제2항의 체포를 위한 지명수배의 경우에는 검찰과 검찰수사관이 독자적인 명령권한을 가진다.

또한 형사소송법에는 제한권한이 기본적으로 검찰에게 속하지만 지체의 위험이 있는 경우 검찰수사관(법원조직법 제152조 제2항)도 예외적인 권한을 가진다. 검찰수사관의 예외 권한의 경우 항상 검찰의 승인을 받아야 한다. 그렇지 않으면 명령은 효력을 상실한다. 제110a조와 제110b조 제1항 제2문의 비밀수사관의 투입,[746] 제131c조 제1항과 제2항의 지명수배는 검찰의 승인을 필요로 하지만 지체의 위험이 있는 경우 검찰수사관(법원조직법 제152조 제2항)도 명할 수 있다. 검찰의 승인을 받는 기간은 통일되어 있지 않다. 다만, 제110b조의 경우 3일 이내에, 제131c조의 경우 일주일 이내에 검찰의 승인을 받아야 한다. 한편 제110b조 제2항의 비밀수사관의 투입에는 법원의 승인이 필요하다. 하지만 지체의 위험이 있는 경우 검찰의 승인만으로도 충분하다. 검찰의 판단을 적시에 받을 수 없으면, 지체 없이 투입을 해야 한다. 법원이 3근무일 이내에 승인하지 않는 경우에 그 조치를 종료해야 한다.

라. 비밀 수사처분에서의 법관유보

(1) 비밀 수사처분의 유형

수사절차에서 기본권 제한은 기본적으로 공개로 행해진다. 하지만 형사소송의 목적

---

744) 형사소송법 제81b조 (피의자와 관련한 감식 조치) 형사절차의 진행을 위하여 또는 감식업무를 위하여 필요한 경우에 한하여, 피의자의 의사에 반하여 피의자에 대한 사진촬영과 지문채취를 하고, 신체치수의 측정과 이와 유사한 조치를 할 수 있다.

745) 형사소송법 제163b조 (신원확인을 위한 조치) (1) 누군가가 범행의 혐의가 있으면, 검찰과 경찰공무원은 그의 신원을 확인하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있다. (...)

746) 형사소송법 제110b조 (비밀수사관의 투입 절차) (1) 비밀수사관의 투입은 검찰의 승인을 받은 후에서야 허용된다. 지체하면 위험할 우려가 있고 검찰의 판단을 적시에 받을 수 없으면, 지체 없이 그 투입을 해야 한다; 검찰이 3일 이내에 승인을 하지 않는 경우에 그 조치를 종료해야 한다. 검찰의 승인은 서면으로 해야 하고 기간을 정해야 한다. 투입 요건이 존속하는 동안에는 기간의 연장이 허용된다.

을 달성하기 위해서 당사자 몰래 비공개로 수행되는 경우도 있다. 독일 형사소송법은 우리와 달리 비공개로 수행되는 비밀 수사처분을 다양하게 규정하고 있다. 특정한 비밀 수사처분에 대한 일반적 규정은 형사소송법 제101조이다. 이 조항에서 언급하고 있는 비밀수사처분은 데이터비교조사(제98a조), 우편물 압수(제99조), 전기통신감청 및 암호통신감청(제100a조), 온라인 수색(제100b조), 주거내 음성감청(제100c조), 주거외 음성감청(제100f조), 주거외 촬영 또는 기술적 처분(제100h조), 가상기지국수사(제100i조), 신분위장수사관(제110a조), 지명수배(제163d조), 경찰에 의한 관찰(제163e조), 장기감시(제163f조) 등이다.

(2) 비밀 수사처분의 통지의무, 삭제의무 및 권리보호

제101조는 비밀수사처분 조항들의 공통적인 사항인 통지의무, 삭제의무 그리고 권리보호를 규정하고 있다. 비밀수사처분으로 수집된 개인정보는 이에 상응하게 표시를 해야 하며, 이를 다른 기관에게 전달한 후에도 계속 표시되어 있어야 한다. 처분의 대상자에게 해당 처분을 즉시 통지해야 한다. 하지만 조사 목적, 사람의 생명, 신체의 불가침성, 개인적 자유와 중대한 재산가치 등을 위협하는 경우에는 통지가 보류될 수 있다. 보류 통지 후 1년이 경과한 때에는 보류의 계속에 대해서 법원의 승인을 받아야 하며 통지의 요건이 장래에도 인정되지 않을 것이 확실한 때에는 법원은 통지를 면제할 수 있다. 이 조치를 통해 획득한 개인정보는 형사소추와 그 조치에 대한 법원의 심사에 더 이상 필요하지 않으면 지체 없이 이를 삭제해야 한다. 삭제 사실은 기록에 기재해야 한다.[747]

(3) 비밀 수사처분의 범죄혐의와 범죄유형

제101조에 규정된 비밀수사처분들은 대부분 '특정된 사실'이 범죄의 혐의를 뒷받침하는 경우에 비밀처분이 명령될 수 있다(예를 들어 제99조, 제100a조, 제100c조, 제100f조, 제100g조, 제100h조, 제100i조, 제110a조). 형사소송법은 기본적으로 세 가지 범죄혐의를 인정하고 있다. 초기혐의(einfacher Verdacht, Anfangsverdacht)[748], 충

747) KK-StPO/Bruns, 8. Aufl. 2019, StPO § 101.

748) 초기혐의는 어떤 범행에 대한 사실상의 근거(징표)가 존재하는 경우 인정된다. 범죄수사학적 경험에 따르면 소추할 수 있는 범행이 있는 것은 초기혐의는 인정될 수 있다. 하지만 초기혐의

분한 혐의(hinreichender Verdacht)[749] 그리고 급박한 혐의(dringender Verdacht)[750] 이다.

제101조의 비밀수사처분들은 혐의 대신에 '특정된 사실'이 범죄의 혐의를 뒷받침하는 경우라는 표현을 사용하고 있다. 특정한 사실은 기본법 제13조 제3항에서 유래한다. 이에 따르면 "누군가가 법률을 통해서 개별적으로 특정한 특별히 중대한 범죄를 범하였다는 혐의를 특정한 사실이 뒷받침하는 경우"라고 규정하고 있다. 연방헌법재판소는 '특정한 사실'을 다음과 같이 해석하면서 비밀수사처분을 통한 기본권 제한을 적정한 것으로 인정하고 있다. 즉 "특정한 사실을 통해서 뒷받침되는 혐의는, 형사소송법의 다른 규범이 규정하고 있는 "충분한" 또는 "급박한" 혐의의 정도에는 도달하지 않지만 단순한 초기혐의(Anfangsverdacht)보다는 더 높다"고 하였다.[751]

일반적으로 범죄는 그 비중에 따라서 4단계로 나눌 수 있다. 단순범죄(einfache Kriminalität), 중간범죄(mittlere Kriminalität), 중한범죄(schwere Kriminalität), 특별히 중한 범죄(besonders schwere Kriminalität)이다. 형사소송법은 이와는 달리 세 가지를 명시하고 있다. 즉 중요한 의미가 있는 범죄(Straftat von erheblicher Bedeutung), 중한 범죄, 특별히 중한 범죄(besonders schwere Straftat)가 그것이다. 중요한 의미의 범죄는 헌법재판소[752]와 지배적인 견해에 따르면 법적평화를 민감하게 교란시키고 국민의 법적안전성에 대한 느낌을 현저하게 침해하기에 적합한 중간정도의 범죄영역에 속하는 범죄를 말한다. 예를 들면 제98a조 제1항, 제100g조 제1항 제1호, 제100h조 제1항, 제100i조 제1항, 제110a조 제1항, 제163e조 제1항, 제163f조 제1항이다. 중한범

는 단순한 추측과는 구별된다. 초기혐의가 존재하는 경우 형사소추기관은 수사절차를 개시해야 한다(소위 수사법정주의. 형사소송법 제160조 제1항, 제152조 제2항). 초기혐의가 규정되어 있는 강제처분으로는 피의자의 신체 수색(제81a조), 전기통신감청(제100a조), 피의자의 수색(제102조) 등이 있다. 초기혐의가 존재하는지 불분명한 경우에는 소위 내사(Verermittlungen)가 허용된다.

749) 충분한 혐의는 잠정적 범행평가에서 피의자의 유죄판결이 무죄판결보다 개연성이 높은 경우에 존재한다. 즉 공판단계에서 피의자의 유죄판결이 소송기록을 근거로 개연성이 있는 경우를 말한다. 적어도 유죄판결의 개연성이 50% 정도되면 이에 해당된다. 충분한 혐의는 공소제기를 위한 기본조건이다(제170조 제1항).

750) 지금까지 전체 수사결과를 놓고 볼 때 피의자가 정범이나 공범으로 범죄를 범했다는 사실에 대한 고도의 개연성이 존재하는 경우에 급박한 혐의가 인정된다. 급박한 혐의가 존재하면 구속명령(제112조)이나 잠정체포(제127조 제2항), 운전면허의 잠정적 몰수(제111a조)의 가능성이 존재한다.

751) BVerfG EuGRZ 2011, S. 696, 712.

752) BVerfG, Beschluss vom 24. Juli 2013 - 2 BvR 298/12.

죄는 특히 전기통신감청대상범죄(제100a조)를 통해서 구체화되고 있으며 일반적으로 형벌의 상한이 5년 이하인 범죄를 말한다. 특별히 중한 범죄는 예를 들어, 주거내 감청대상 범죄(제100c조 제2항)를 통해서 구체화되며 형벌의 하한이 5년 이상인 범죄를 말한다.

(4) 보충성 조항

비밀수사처분은 거의 대부분 보충성 조항(Subsidiaritätsklauseln)을 두고 있다. 비밀수사처분은 헌법의 비례성원칙에 따라서 그것이 필요한 경우에만 명령되어야 한다. 비밀수사처분은 구체적인 범죄를 소추하는데 동일한 효과가 있는 방법은 아니지만 기본권을 덜 침해하는 방법을 사용하는 경우에 필요하다. 입법자는 필요성원칙을 이행하기 위해서 비밀수사처분의 특별한 규정들에 보충성 조항을 두었다.[753] 보충성 조항을 개관하면 아래와 같다.

[표 5-1] 비밀수사처분의 보충성 조항

필요한 경우	성공할 가망이 적거나 어려운 경우	성공할 가망이 현저히 적거나 어려운 경우	가망이 없거나 본질적으로 어려운 경우
제100g조 제1항 제1호	제98a조	제163e조 유형 2	제97호 제5항
제100i조 제1항	제100h조 제1항	제100c조 제1항 제4호	제100a조 제1항 제3호
	제100h조 제2항 제2호		제100f조 제1항과 제2항
	제163e조 유형 1		제100h조 제1항 제2호
	제163f조 유형 1, 유형 2		제00h조 제2항 제1호
			제110a조
			제110d조

(5) 사생활의 핵심영역의 보호

형사소송법은 기본권 제한의 정도가 심한 비밀수사처분의 경우 사생활의 핵심영역의 보호를 규정하고 있다. 2017.8.7. 형사소송법 개정으로 그때까지 흩어져 있던 사생활의 핵심영역의 보호에 관한 규정들을 제100d조로 통합하였다. 제100d조는 전기통신감청(제100a조), 온라인수색(제100b조), 주거내 음성감청(제100c조)과 관련하여 사

753) Bode, Ermittlungsmaßnahmen, S. 381.

생활의 핵심영역을 통일적으로 보호하고 있다.[754]

먼저, 사생활의 핵심영역이란 예를 들어, 주거 내에서의 비공개 대화나 성적인 행위들과 같이 고도로 민감한 인격적 성격을 가지는 내용을 말한다. 동조 제1항은 사생활의 핵심영역에 있는 정보의 수집을 금지하고 있다. 제100a조에서 제100c조까지의 처분으로 사생활의 핵심영역에 관한 정보만 확보될 것이라고 인정할 만한 사실적 근거가 있으면, 그 처분은 허용되지 않는다. 동조 제2항은 관련 처분으로 사생활의 핵심영역에 관하여 알게 된 정보의 사용금지와 정보의 삭제의무를 규정하고 있다. 그리고 정보의 지득과 삭제 사실을 문서로 남겨야 한다.

온라인 수색 처분에서는 사생활의 핵심영역에 관한 데이터가 수집되지 않도록 기술적으로 확보되어야 한다. 이러한 처분으로 알게 된 사생활의 핵심영역에 관한 정보는 지체 없이 삭제하거나 검찰이 데이터의 이용 가능성과 삭제에 관하여 재판하도록 명령을 내린 법원에 제출해야 한다. 이용 가능성에 관한 재판은 이후의 절차에서 구속력이 있다(제3항).[755]

주거내 음성감청 처분에서는 사실적 근거에 비추어 볼 때 감청으로는 사생활의 핵심영역에 속할 수 있는 표현이 포착되지 않는다고 인정되는 한도에서만 명할 수 있다. 엿듣기와 녹음 도중에 사생활의 핵심영역에 속할 수 있는 표현이 포착된다는 근거가 드러나는 경우에 지체 없이 정지해야 한다(제4항).[756] 또한 제5항에 따르면 제53조의 업무상비밀준수자의 증언거부권이 있는 경우에는 온라인 수색과 주거내 음성감청은 허용되지 않는다. 처분의 실행 중 또는 실행 후에 이러한 경우라는 사실이 밝혀지면 해당 정보의 사용을 금지하고 삭제해야 하며 관련 사실을 기록해야 한다. 피의자 친족의 증언거부권(제52조)과 업무보조인의 증언거부권(제53a조)에 해당하는 사안에서는 온라인 수색과 주거내 음성감청으로 알게 된 사항을 사용하는 것은 그 근거가 된 신뢰관계의 중대성을 고려하여 사실관계의 조사 또는 피의자의 소재지 파악에 대한 이해관계와의 비례성을 벗어나지 않는 한 허용된다. 하지만 증언거부권이 있는 사람이 범행에 가담했다거나 데이터장물죄, 범죄비호죄, 범인은닉죄 또는 장물죄에 가담했다는 혐의가 일정한 사실에 의해 뒷받침되는 경우에는 적용되지 않는

754) KK-StPO/Bruns, 8. Aufl. 2019, StPO § 100d.
755) BeckOK StPO/Graf, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100d Rn. 16-18.
756) BeckOK StPO/Graf, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100d Rn. 19-22.

다.[757] 한편, 주거외 음성감청(제100f조)과 장기감시(제163f조)는 제100d조 제1항과 제2항을 준용하고, 증언거부권 있는 업무상비밀준수자와 관련한 조치(제160a조)는 제100d조 제5항을 각각 준용하고 있다.

(6) 비밀 수사처분의 명령권한

개별적 비밀 수사처분의 명령권한을 개관하면 아래와 같다.[758] 2015.12.18 개정 이전까지 비밀처분이었던 통신사실확인자료수집(제100g조)과 가입자의 통신자료 수집(제100J조)도 함께 개관하고자 한다.

[표 5-2] 개별적 비밀 수사처분의 명령권한

수사처분	제한규정	명령권한
데이터비교조사	제98a조, 제98b조	법원, 지체의 위험 시 검찰 또는 검찰수사관
우편물 압수	제99조, 제100조	법원, 지체의 위험 시 검찰 또는 검찰수사관
전기통신감청	제100a조 제1항 제1문	법원, 지체의 위험 시 검찰
암호통신감청	제100a조 제1항 제2문, 제3문	법원, 지체의 위험 시 검찰
온라인 수색	제100b조	지방법원 합의부, 지체의 위험 시 재판장
주거내 음성감청(대감청)	제100c조	지방법원 합의부, 지체의 위험 시 재판장
주거외 음성감청(소감청)	제100f조	법원, 지체의 위험 시 검찰
통신사실확인자료 (전기통신 사업자의 업무상목적의 과거 및 실시간)	제100g조 제1항	법원, 지체의 위험 시 검찰
이용대기상태의 휴대전화 위치정보 수집	제100g조 제1항 및 전기통신감청령 제32조 제3항	법원, 지체의 위험 시 검찰
통신사실확인자료 (과거 위치정보)	제100g조 제1항 제3문	법원
통신사실확인자료(과거)	제100g조 제2항	법원
통신기지국수사 (현재 또는 실시간)	제100g조 제3항 제1문	법원, 지체의 위험 시 검찰
통신기지국수사(과거)	제100g조 제3항 제2문	법원

757) BeckOK StPO/Graf, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100d Rn. 23-30.
758) Bode, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, S. 247-249.

[표 5-2] (계속)

수사처분	제한규정	명령권한
통신사업자가 아닌 경우 통신사실확인자료	제100g조 제5항	법원, 지체의 위험 시 검찰 또는 검찰수사관
주거 외 촬영, GPS 추적기, 드론	제100h조	검찰 및 검찰수사관
가상기지국수사 (IMSI-Catcher)	제100i조	법원, 지체의 위험 시 검찰
비밀 SMS 전송	제100i조	법원, 지체의 위험 시 검찰
비밀 SMS 전송으로 생성된 위치정보의 요청	제100g조 제1항, 제100g조 제2항	법원, 지체의 위험 시 검찰 법원
통신자료제공	제100j조	법원, 지체의 위험 시 검찰 또는 검찰수사관
비밀 수사관 투입	제110a조, 제110b조 제1항	검찰 및 검찰수사관
특정한 상황의 비밀 수사관	제110a조, 제110b조 제2항	법원, 지체의 위험 시 검찰 또는 검찰수사관
아동음란물 수사를 위한 비밀수사관	제110d조	법원, 지체의 위험시 검찰
검문소에서 수집한 데이터의 저장과 비교조사	제163d조	법원, 지체의 위험 시 검찰 또는 검찰수사관
경찰 검문 시의 관찰수배	제163e조	법원, 지체의 위험 시 검찰
장기감시	제163f조	법원, 지체의 위험 시 검찰 또는 검찰수사관

5. 예외권한의 적법성과 심사가능성

가. 예외권한의 기능과 적법성

입법자는 시민들을 보호하기 위해서 형사절차상 특정한 기본권 제한 권한을 법관유보로 규정할 의무가 있다. 이 경우 법관의 예방적 협력이 적시에 이용될 수 있어서 수사기관의 긴급행위가 신속하게 가능하지 않도록 해야 한다. 하지만 처분대상자가 증거방법을 폐기하는 것을 방지하기 위해서는 수사기관의 신속한 행위가 필요하다. 즉 수사기관은 진실발견을 위해서 증거를 확보하는 기본권 제한을 할 수 있어야 한다. 따라서 수사단계에서 법관의 결정은 시간적 지체를 발생시키고, 그리하여 증거가 상실될 위험이 증가하고 범죄의 규명에 방해가 될 수 있다.

그런 점에서 법관유보를 통해서 수사기관의 처분이 효력을 상실할 위험에 처하게 된다.[759] 이것은 형사절차의 진행을 확보하는 기본권 제한에도 적용된다. 절차 진행을 확보하는 제한은 증거를 확보하는 제한과 달리 진실발견이 그 목적이 아니라, 범죄의 처벌을 가능하게 한다. 이러한 절차진행의 확보 제한에도 많은 경우 판결이 확정되기 이전 단계에서 범죄의 처벌과 진행을 확보하기 위해서 수사기관의 신속한 개입이 필요할 수 있다.[760] 이러한 근거에서 형사절차상 다수의 기본권 제한은 기본적으로 법관유보를 규정하고 있지만, 비법관인 수사기관에게도 '지체의 위험'이 있는 경우 이에 상응한 처분을 명령할 권한을 부여하고 있다. 이 경우 지체의 위험은 항상 사전에 법관의 명령을 받는 것이 형사절차상 기본권 제한의 결과를 좌절시킬 수 있는 경우에만 존재한다.[761]고 할 것이다.

아울러 피의자 보호를 위한 법관의 예방적 협력은 수사기관의 행위를 무제한 방해하고, 이를 통해서 기본적으로 법치국가원칙에서 도출되고 헌법 차원에서 허용되는 실행 가능한 형사사법의 요청을 침해하게 된다. 효율적인 형사소송이란 공중의 이익에서 기인하는 요청은 기본적으로 국가의 형벌권 집행을 성공적으로 이행하기 위해서 필요한 모든 처분을 행할 의무를 국가에 부과한다.[762] 이에 연방헌법재판소는 형사사법의 실행가능성(die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege)을 '정의의 사상'(Idee der Gerechtigkeit)의 요소로 고려하였다.[763] 즉 연방헌법재판소에 따르면, 법치국가원칙이 정의의 사상을 포함하고 있다면, 그것은 정의가 파멸에 이르지 않도록 함으로써 실행 가능한 사법이 유지될 것을 요구한다[764]고 보았다. 또한 모든 범죄자가 유죄판결을 받고 정당한 처벌을 받는 것이 확보되는 경우에만 정의가 실현될 수 있다고 하면서, 특히 시민의 안전을 장기간 보장하기 위해서 필요하고 국가제도에 대한 시민의 신뢰를 보호하기 위해서도 필요하다고 하였다.[765]

하지만 형사절차상 기본권 제한 명령이 법관에게 유보되는 경우 이와 관계되는

759) Hilger. in: FS-Salger, S. 319,325.
760) BVerfGE 19,342,346.
761) Nelles, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen, S. 122 ff.
762) Hilger, in: FS-Salger, S. 319,323.
763) BVerfGE 44, 353,374.
764) BVerfGE 33, 367, 383; 38. 105, 115; 44, 353, 374; 46, 214, 222; 51,324,343; 77, 65, 76.
765) BVerfGE 46, 214, 223; 49, 24, 54.

시간적 지체를 통하여 법치국가원칙에서 허용되는 형사사법의 실행가능성이 제한을 받을 수 있다. 그런 점에서 '형사사법의 실행가능성 원칙'과 헌법상 보장되어 있는 '피의자의 예방적 권리보호 청구권'사이에 충돌이 발생하게 된다. 따라서 두 가지 헌법상 보장되는 원칙들 사이에 목적 충돌이 존재하는데, 즉 법관유보와 형사사법의 실행가능성의 충돌을 의미한다.[766] 이러한 충돌은 실제적인 부합 원칙에 따라 해결되어야 한다. 그러므로 헌법상 원칙들은 최적화되어야 하는데, 즉 충돌하는 법적 지위를 우선하거나 최대한 주장하는 것이 아니라, 두 가지 이익이 균형을 맞춰야 하며, 이익형량의 방법으로 행해져야 한다.

이처럼 입법자는 법관유보와 형사사법의 실행가능성 사이의 이익충돌을 다음과 같이 해결하였다. 즉 입법자는 증거를 확보하고 집행을 확보하는 기본권 제한 및 당사자 보호를 위한 특별히 중대한 기본권 제한 명령을 기본적으로 법관에게 유보하였다. 하지만 지체의 위험이 있는 경우에는 특정한 요건 하에서 명령은 예외적으로 비법관인 수사기관에 의해서 수행될 수 있도록 하였다. 왜냐하면 이 경우에는 처분대상자의 이익보다는 형사소추의 공익이 우선하기 때문이다.[767] 입법자는 이러한 이익형량에서 일부의 제한 권한을 배타적 법관유보 하에 두었다. 즉 이 경우에 지체의 위험이 있더라도 수사기관의 명령권을 허용하지 않는 것이다. 그리하여 형사소송법은 기본권을 제한하는 명령은 기본적으로 법관에게 유보하고 있으나, 예외적으로 검찰 및 검찰수사관 (법원조직법 제152조 제2항)에게도 지체의 위험을 이유로 허용하고 있는 것이다.

나. 수사법관의 지체의 위험의 요건 심사 가능성

지체의 위험이 있는 경우 수사기관이 내린 명령에 대하여 법원이 통제할 수 있는지 그리고 통제가 가능하다면 어느 정도인지 문제가 된다.

(1) '지체의 위험'의 개념

지체의 위험이 있는 경우 수사기관은 형사절차상 기본권 제한을 자신의 이름으로

766) Vgl. Sandermann, Waffengleichheit im Strafprozeß, S. 152.
767) Prechtel, Ermittlungsrichter, S. 138.

명령할 수 있다. 일반적인 견해에 따르면 법관의 명령을 사전에 받는 것이 형사절차상 기본권 제한의 결과를 위태롭게 하는 경우 지체의 위험이 존재한다.[768] 따라서 예외권한은 수사기관에게 증거수단이 상실될 위험을 방지해 준다.

연방헌법재판소와 문헌의 지배적인 견해는 지체의 위험 개념을 엄격하게 해석해야 한다고 강조하고 있다.[769] 다시 말해서, 법관의 원칙적인 유보권한의 준수가 달리 보장될 수 없고, 수사기관의 형사절차상 기본권 제한 명령이 엄격하게 제한된 예외적인 사례에서 행해지는 방법으로만 확보되는 한에서는 제한적인 해석이 필요하다고 본 것이다. 그런 다음 연방헌법재판소는 지체 위험의 개념을 다음과 같이 구체화하였다. 즉 완전한 억측, 이익형량의 가정 또는 오로지 범죄수사적 일상 경험에 근거한 사례와 무관한 추측은 증거수단의 상실의 위험을 뒷받침 하기에는 충분하지 않고,[770] 피의자가 자신에 대해서 진행되고 있는 수사절차를 갑자기 인식하고 특정한 증거수단을 폐기할 위험이 존재한다는 것에 대한 구체적인 근거가 필요하다고 하였다.

또한 법적 의미에서 지체의 위험은 다음의 경우에는 존재하지 않는다고 보았다. 즉 수사기관이 수사법관의 개입 없이 증거상실의 위험이 존재할 때까지 기다렸다가 자신이 직접 기본권 제한을 명령함으로써 사실상의 요건을 스스로 야기한 경우이다.[771] 이때 수사기관이 자신의 수사를 실제로 범죄수사적 관점에서 자유로이 형성할 수 있다는 점은 고려되어야 한다. 왜냐하면 수사기관에게 재량이 인정되기 때문이다. 하지만 이러한 재량은 임의적이어서는 안 된다. 자유재량이 아니라 오로지 의무적 및 법적으로 구속되는 기속재량이어야 한다.[772] 그런 점에서 수사기관은 자신의 재량을 법적 한계 내에서만 행사해야 한다.

따라서 지체의 위험의 자의적인 인정은 예를 들어 압수의 경우 효력이 없다.[773] 물론 이 경우 압수된 증거방법이 곧바로 증거사용금지가 되는 것은 아니며, 수사기관이 지체의 위험을 뒷받침하는 사실을 야기한 경우에는 증거사용금지가 적용된다.[774]

---

768) BVerfGE 51, 97, 111; BVerfG NJW 2001, 1121, 1123; Beichel/Kieninger, NStZ 2003, 10, 11.
769) BVerfG NJW 2001, 1121, 1122; Rabe von Kühlewein, Neue Regeln für Wohnungsdurchsu-chungen, NStZ 2015, 618; KK-StPO/Greven, § 98, Rn. 13.
770) BVerfG NJW 2001, 1121, 1123.
771) Brüning, Richtervorbehalt, S. 183.
772) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 17.
773) BGH NJW 2017, 1332.
774) OLG Düsseldorf NStZ 2017, 177. 이 판례에 대한 평석은 다음 참조 : Radtke, NStZ 2017, 180.

한편 수사기관이 물론 증거상실의 위험이 실제로 존재할 때까지 기다린다면, 이들은 부작위를 근거로 재량권을 전혀 행사한 것이 아니라 사전의 법관의 협력을 우회한 것으로 볼 수 있다.

(2) 법관의 심사 범위

지체의 위험이 있는 경우 수사기관의 결정은 어떠한 범위에서 법관의 심사를 받을 수 있는지 문제가 된다. 이 경우 다음 두 가지가 검토될 수 있다. 즉 수사기관이 지체위험의 개념을 너무 넓게 해석하였는지 또는 이들이 장시간 기다림을 통해서 지체의 위험의 사실상 요건을 경우에 따라서 권리남용을 통해서 야기하였는지이다.

(가) 지체의 위험의 사실상 요건의 심사가능성

연방대법원(BGH)과 일부 문헌에서는 지체의 위험의 요건에 관한 판단은 수사기관의 재량사항이라고 인정하고 있었다. 이 견해는 제국법원이 당시 형법 제113조에 대한 재판[775]에 근거하고 있었는데, 당시 형법 제113조는 정당한 공무집행의 요건으로 '지체의 위험'을 두고 있었다. 그러나 이 개념을 불특정 개념으로 이해하지 않았고 오히려 행정법의 원칙에 따른 재량사항으로 보았다. 따라서 법관은 수사기관이 '의무에 맞는 재량'에 의해서 지체의 위험의 존재를 판단하였는지 심사할 수 있다고 보았다. 그리하여 법원의 심사 범위는 수사기관의 자의성으로 제한되었다. 이 견해에 따르면 법원의 전체 심사는 가능하지 않게 된다.[776]

그러나 이 견해는 1980년에 접어들면서 Nelles에 의해서 반론이 제기되었는데,[777] Nelles는 '지체의 위험' 개념의 경우 재량개념이 아니라고 본 것이다. 다시 말해서, 재량에 따른 수권은 규범의 법적 효과의 측면에서만 존재할 수 있다는 것이다. 이에 대해서 불특정 법개념은 해당 규범의 구성요건을 특정하며, 이 경우 불특정 법개념이 아니라 재량개념이 문제된다고 본 것이다. 즉, 법관의 심사가 제한적일 수 있는 소위 판단재량이 수사기관에게 개방되어 있는 경우가 아니라면, 불특정 법개념은 기본적으로 법원의 통제 범위 내에 있다고 한다. 하지만 판단재량도 만일 수사기관이 지체의

775) RGSt 23,334.
776) BGH JZ 1962, 609, 610; LG Osnabrück StV 1991, 152, 153.
777) Nelles, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen, S. 117 ff.; Störmer, ZStW 108 (1996), 494,520 f.

위험을 인정하여 자신의 권한 범위를 최종적으로 판단하는 경우에는 보장되지 않는다고 한다.[778]

결국, 이러한 논증은 연방헌법재판소[779]와 이를 지지하는 다수설[780]에 수용되었다. 연방헌법재판소는 2001년 2월 20일 법관유보에 관한 기본 판결에서 기본법 제정자들은 위에 언급한 지체의 위험이 있는 경우 법원의 심사범위에 관한 제국법원의 판례를 수용하지 않는다는 점을 분명히 하여 오히려 법원의 완전한 통제가 필요하다고 하였다.[781] 그렇지 않으면 수사기관에게 자신의 독자적인 권한에 관하여 최종적인 결정권한이 허용되는데, 기본법은 지체의 위험으로 불특정 법개념을 사용하고 있다는 사실만으로는, 행정부의 판단권한을 추론할 수 없다고 보아, 오히려 불특정 법개념의 구체화도 헌법에 의해서 기본적으로 관청의 법적용을 무제한 심사해야 하는 법관의 직무라고 본 것이다.[782]

실제로 지체의 위험이 존재하였는지의 심사에서 법관은 이후의 인식을 수용새서는 안 되며, 법관은 오히려 그 이전의 상황을 판단해야 한다. 즉 명령을 내린 공무원의 상황에서 합리적인 관찰자의 객관적인 사후 예측을 토대로 판단해야 한다[783]는 것이다. 다만, 연방헌법재판소에 따르면 실무에서는 지체의 위험을 충족시킬 근거가 법원에게 인정될 수 있는 경우에만 집행될 수 있다고 보았다. 따라서 검찰과 검찰수사관은 수색명령과 집행 이전에 혹은 적어도 그 직전에 지체의 위험의 수용을 야기하는 인식내용을 수사기록에 기록할 의무가 있는 것이다.[784]

결론적으로 지체의 위험의 개념에서 구성요건이 문제가 되고 따라서 불특정 법개념이 문제되므로 판단재량에 구속되지 않기 때문에 법원은 지체의 위험 요건이 수사기관의 명령 시점에 실제로 존재하였는지 포괄적으로 심사할 수 있게 된다.

---

778) Nelles, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen, S. 117 ff.; Störmer, ZStW 108 (1996), 494, 520 f.

779) BVerJG NJW 2001, 1121, 1123; NJW 2002, 1333.

780) Vgl. Park, StraFo 2001, 159; Amelung. NStZ 2001, 337, 339; Ostendorf/Brüning, JuS 2001, 1063, 1066; Möller, NJW 2001, 1397, 1398; Asbrock, StV 2001, 322, 323.

781) BVerfG NJW 2001, 1121, 1124; Lin, Richtervorbehalt und Rechtsschutz, S. 318.

782) BVerfG NJW 2001, 1121, 1123; BVerfGE 64,261, 279; 84, 34, 49 f.

783) BVerfG NJW 2001, 1121, 1124; Rabe v. Kühlewein, StraFo 2001, 193, 195; Amelung, NStZ 2001, 337,340.

784) BVerfG NJW 2001, 1121, 1124; Rabe v. Kühlewein. StraFo 2001, 193; Ostendorf/Brüning, JuS 2001, 1063, 1067; Asbrock. StV 2001,322,323.

(나) 의무를 위반한 지체 위험의 야기 심사

이에 반해서 수사기관이 지체의 위험의 요건 자체를 직접 야기하였는지에 대하여 법관이 어느 정도 범위에서 심사할 수 있는지 문제된다. 이러한 사례에서는 수사기관의 명령 시점에 실제로는 지체의 위험이 존재한다. 왜냐하면 법관의 사전 결정이 기대되었음에도 불구하고 수사기관이 증거수단의 상실이 현실적으로 우려되기까지 아무런 조치를 하지 않았기 때문이다.

법관 명령의 신청 여부와 시기의 판단은 물론 수사기관의 재량이나, 그 판단은 권한의 법적 효과와 관련되기 때문에 지체의 위험이 실제로 존재하는지의 문제와는 달리 재량의 여지가 존재한다. 따라서 이 경우에는 법관의 포괄적인 심사가능성은 배제된다. 물론 수사기관은 자신의 재량의 여지를 사용할 의무가 있다. 이에 법원은 오로지 수사기관이 자신의 재량을 초과하여 행사하였는지 혹은 이하로 행사하였는지만 심사할 수 있다. 하지만 법관은 수사기관이 권리남용의 관점에서 법관의 결정을 우회하고 이후에 자신의 명의로 명령을 내리기 위해서 아무런 조치를 하지 않은 경우에만 재량을 위법하게 행사한 것을 판단할 수 있다. 이러한 사례들에서 법관의 심사범위는 수사기관의 자의성으로 축소된다.[785)]

6. 권리구제

기본법 제19조 제4항에 따르면 수사절차상 기본권 제한에 대해서 법원에 소를 제기할 수 있다. 이미 제한이 종료되어 처리되었을지라도 가능하다. 형사소송법은 권리보호 체계를 통일적으로 규정하고 있지 않지만, 일부 규정은 권리보호에 관한 내용을 두고 있다. 이러한 규정은 형사소송법 제98조 제2항, 제101조 제7항 제2문, 제304조이다.

가. 압수대상자의 권리보호

독일 형사소송법 제98조 제2항은 압수대상자의 권리보호에 관한 규정이다. 이 조항은 압수에 대해 법원에 재판을 신청할 수 있으므로 제99조의 우편물 압수에도 적용이 가능하다. 하지만 이 조항은 다른 비밀 감시처분을 포함하고 있지 않다. 그럼에도

785) Brüning, Der Richtervorbehalt, S. 183.

불구하고 입법이유를 보면 제98조 제2항이 다른 처분에도 적용될 수 있다고 보고 있다.[786]

이를 지지하는 견해에 따르면 제98조 제2항은 이미 종료된 처분뿐 아니라 수사기관에 의해서 명령되는 처분에도 적용될 수 있다고 하지만 이 견해는, 비밀수사처분의 절차조항(제101조 제1항, 제101조 제7항 제2문)에 포함되지 않는 한, 제98조 제2항에 의한 권리보호는 비밀수사처분에 확대해서는 안 된다고 한다. 이러한 견해에 따르면 아래에서 검토할 제101조 제7항 제2문은 특별규정이라고 한다.[787] 이에 반해서 제98조 제2항은 비밀 수사처분에 유추 적용될 수 없다는 견해도 존재한다.[788]

나. 비밀 수사처분에 대한 권리보호

2007년 형사소송법에 도입된[789] 제101조 제7항 제2문은 형사소송법 제101조 제1항에 언급된 모든 비밀수사처분에 대해서 권리구제를 허용하고 있다.[790] 여기에 언급된 비밀수사처분은 데이터비교조사(제98a조), 우편물 압수(제99조), 전기통신감청 및 암호통신감청(제100a조), 온라인 수색(제100b조), 주거내 음성감청(제100c조), 주거외 음성감청(제100f조), 주거외 기타 처분(제100h조), 가상기지국수사(제100i조), 신분위장수사관(제110a조), 지명수배(제163d조), 경찰에 의한 관찰(제163e조), 장기감시(제163f조)를 말한다.

제101조 제7항 제2문에 따르면 제2항의 모든 처분대상자는 처분 종료 후에도 그 처분의 적법성과 위법성, 집행의 방법 그리고 통지의 적시성에 대하여 법원[791]에 심사를 신청할 수 있다.[792] 이것은 법원이 직접 처분을 명령하였는지 또는 검찰이나 경찰이 자신의 책임으로 행위 하였는지 상관없이 적용된다.[793] 권리구제는 통지를 받은 후 2주 이내에 제기될 수 있다. 통지가 아닌 다른 방법으로 이 처분을 알게

786) Vgl. BT-Drucks 16/5846, S. 62.
787) BGHSt 53,1; Meyer-Goßner, StPO54, § 101 Rn. 25a; Singelnstein, NStZ 2009, S. 482.
788) Bode, Ermittlungsmaßnahmen, S. 316.
789) BGBl. I S. 3198.
790) 이에 대한 개관은 다음 참조 : Singelnstein, NStZ 2009, S. 481 ff.
791) 음성주거감시의 경우에는 지방법원의 특별 재판부에 신청할 수 있다.
792) BT-Drs. 16/5846, 62; OLG Celle NStZ 2013, 60 [61]; OLG Stuttgart StraFo 2016, 413.
793) Bode, Ermittlungsmaßnahmen, S. 313.

된 경우에도 법원의 심사를 청구할 수 있다.[794] 권리구제에 대한 재판에 대해서 즉시 항고가 허용된다. 즉시 항고는 1주일 이내에 해야 한다(형소법 제311조 제2항). 제101조 제7항 제2문은 제1항의 비밀 수사처분에 대한 특별규정이다.

이 조항에 따르면 종료된 처분에만 허용되는데, 이 조항의 경우, 감시가 진행 중인 경우에도 적용될 수 있는지 논의되고 있다. 이러한 문제제기는 결코 사소하지 않는데, 왜냐하면 변호인이 의심을 가지고 혹은 무작정 권리구제를 제기하는 경우, 변호인은 비밀처분이 최근에 피의자에 대하여 수행되고 있는지 알아낼 수 있기 때문이다(가령 수개월 채 진행되고 있는 전화감시의 경우). 특별한 권리보호필요성이 증명되지 않았기 때문에 권리구제는 이런 방법으로는 허용되지 않는다고 판단될 수도 있다. 결국, 처분의 비밀성은 권리보호절차를 통해서는 포기되어야 한다는 것이다.

이에 대해서 종료되지 않은 처분에도 허용되어야 한다는 견해가 있는데, 제한되는 자유권과 기본법 제19조 제4항의 관점에서 다른 해석 가능성은 헌법에 반하는 것으로 취급되어야 하고 더 이상 추구되어서는 안 된다는 것이다. 기본법 제19조 제4항은 조건 없이 법적 보호가능성을 보장하고 있다. 그러므로 제101조 제7항은 가치중립적으로 넓게 해석되어야 하며, 당사자가 사전에 그 처분을 알게 되었거나 추측한 경우 권리구제는 당연히 가능하다는 것이다.[795]

다. 형사소송법상의 기본권 제한

형사절차상 기본권 제한에 대해서는 형사소송법 제304조[796]에 의해 항고를 제기할 수 있다. 제101조 제1항의 비밀수사처분은 제101조 제7항 제2문이 적용되기 때문에 제304조는 적용되지 않는다. 따라서 제101조 제1항과 제7항에 적용되지 않는 비밀처분이 내려진 경우에 제304조가 적용될 수 있다.

---

794) BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 101 Rn. 51.

795) Bode, Ermittlungsmaßnahmen, S. 314. 이에 대해서 제101조 제7항 제2문이 직접 적용되지 않고 제98조 제2항이 유추된다는 견해에 대해서 다음 참조, Meyer-Goßner, StPO, § 101 Rdn. 25a.

796) 제304조 (항고의 허용) (1) "법률이 명시적으로 불복을 배제하지 않는 한, 제1심 또는 항소심절차에서 법원이 한 모든 결정, 재판장과 수사절차의 법관, 수명법관, 수탁법관의 명령에 대하여 항고가 허용된다."

제5절 | 법관유보 실무의 문제점과 개선방안

앞서 살펴본 바와 같이 독일 형사소송법은 기본적으로 두 가지 법관유보를 두고 있다. 즉 법관만이 독자적으로 기본권을 제한할 수 있는 원칙적인 법관유보, 비법관인 수사기관도 예외적으로 기본권을 제한할 수 있는 예외적 법관유보가 그것이다.[797]이러한 법관유보가 법률로 규정되어 있지만 수사실무에서 실제로 어떻게 운용되고 있는지 이하에서 살펴보기로 한다.

1. 법관유보에 대한 경험적 연구

최근까지 경험적 연구로 언급되고 있는 것은 1980년 넬레스(Nelles)의 연구이다. 넬레스는 1971년 노르트라인 베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen) 주에서 형사소송법 제102조와 제130조의 모든 수색 중 10,05%와 15.16%가 법관에 의해서 명령되었고 검찰수사관에 의해서는 84.21%와 89.41%가 명령되었다고 밝히고 있다. 이에 반해 검찰의 명령 건수는 평가 자체가 의미를 가질 수 없을 정도로 아주 미미했다.[798] 게다가 형사소송법 제94조의 압수와 제81a조, 제81c조에 의한 신체수색의 경우에도 법관의 명령 건수는 더욱 미미했다고 한다.[799]

다음으로 경험적 연구로 언급되고 있는 것은 벤퍼(Benfer)의 연구다.[800] 벤퍼는 1977년 노르트라인-베스트팔렌 주에서 수행된 52개 경찰청을 대상으로 설문조사를 실시하였다. 이 조사에 따르면 모든 주거수색의 67.66%가 지체의 위험을 이유로 수행되었다. 또한 벤퍼 연구의 경우, 명령의 형태는 당사자가 혐의를 받고 있는 범죄에 달려있음을 증명하였다. 가령, 살인범이 수사의 대상이면 87.64%에서 지체의 위험이 긍정되었고, 강도범의 경우 85.80%, 절도범의 경우 72.35%, 신체상해범의 경우 66.32%, 마약범의 경우 61.97% 비율로 나타났다. 이에 반하여 경제범죄의 경우 지체

797) 법관이 기본권 제한을 승인하는 것도 법관유보로 분류하는 견해도 있다(Brüning, Richtervorbehalt, S. 184).
798) Brüning, Richtervorbehalt, S. 195.
799) Nelles, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen, S. 210 ff.
800) Benfer, Die Haussuchung im Strafprozess, S. 202.

의 위험의 비율은 3.84%에 불과하였다.[801]

이에 연방헌법재판소는 2001년 2월 20일 법관유보에 대한 지도적 판결에서 경험적 연구를 근거로 하고 있고 비법관인 수사기관이 지체의 위험을 자주 수용하고 있고 실무에서 예외권한을 확장 적용하고 있다는 것을 인정하였다. 이런 경험적 연구는 비법관인 수사기관의 예외적 권한이 실무에서 활용되고 있음을 보여주고 있는 것이다. 이러한 연구의 결과는 원칙과 예외가 뒤바뀐 것으로 평가되고 있다.

그 후 최근의 경험적 연구는 Brüning의 연구다.[802] 브뤼닝은 쉴레빅-홀스타인 주의 4개 검찰청을 대상으로 조사하였다. 이 조사는 1997년에서 1999년 사이에 수행된 형사소송법 제94조 이하의 압수, 제102조 이하의 수색, 제100a조와 제100b조의 전기통신감청을 대상으로 하였다. 이 조사에 따르면 수색의 경우 수사법관 62.80%, 검찰 4.83%, 검찰수사관 32.37%로 나타났고, 압수의 경우 수사법관 58.04%, 검찰 6.21%, 검찰수사관 35.75%, 통신감청의 경우 법관 92.31%, 검찰 7.69%로 나타났다. 이 조사에 따르면 넬레스와 벤퍼의 선행조사에서 밝힌 원칙과 예외의 전도현상은 증명되지 않았다.[803] 하지만 브뤼닝도 밝히고 있지만, 이 조사는 선행조사의 결과에 반론을 제기하기에는 적합하지 않다고 적시한다. 왜냐하면 이 조사는 포괄적인 데이터를 근거로 한 것이 아니라 본질적으로 중범죄, 특히 마약범죄로 제한하였기 때문이다. 물론 이 조사에 따르더라도 검찰수사관의 비율은 적지 않게 나타나고 있다. 그리고 전기통신감청의 경우 검찰수사관에게 예외권한이 인정되지 않는다는 점도 고려해야 한다.

한편, 전기통신감청에서 법관유보의 유효성 요건에 관한 연구프로젝트가 2002년 빌레펠트 대학교에서 수행되었다.[804] 이 연구는 1996년에서 1998년 동안 173개 형사절차에서 수행된 554개의 전화통신감청기록을 분석하였다. 이 연구프로젝트도 실무에서 법관유보는 실효성 있게 수행되지 않는다는 것을 증명하고 있다.[805]

이상의 경험적 연구를 통해서 법관유보의 실효성은 실무에서 상당히 회의적으로 나타나고 있음을 알 수 있다. 법관유보는 “신화 및 단순한 법치국가적 일회용 반창고”,

---

801) Benfer, Die Haussuchung im Strafprozess, S. 205.
802) Brüning, Richtervorbehalt, S. 196.
803) Brüning, Richtervorbehalt, S. 213.
804) Backes/Gusy/Begemann/Doka/Finke, Wirksamkeitsbedingungen von Richtervorbehalten bei Telefonüberwachungen.
805) 연구요약에 대해서는 다음 참조 : Backes/Gusy, StV 2003, 249 ff.

“꼭두각시”, “짓지도 물지도 않는 감시견”, “제한을 한계 짓는 효과가 없는 단순한 은폐수단” 등으로 비판받고 있다. 심지어는 법관유보는 더 이상 법치국가적 절차를 보장하기 위한 효율적인 수단이 아니며 법치국가적 플라시보(가짜약)라고 비판받기도 한다.[806]

2. 법관유보 문제점

가. 원칙과 예외 관계의 전도현상

형사소송법 제105조 제1항에 따르면 검찰 및 검찰수사관(법원조직법 제152조)은 형사절차상 주거 수색 명령을 내릴 수 있다.[807] 하지만 기본법 제13조 제2항의 문언과 체계에 따르면 법관에 의한 수색 명령이 원칙이고, 비법관인 수사기관의 명령은 예외라는 점을 규범적으로 명백히 밝히고 있다.[808] 이러한 원칙과 예외 관계가 뒤바뀌는 현상이 수사실무에서 드러나고 있다는 것은 경험적 연구들이 보여주고 있다. 이러한 전도 현상에는 세 가지 중요한 원인이 있다.

첫째는, 2001년까지 지체의 위험의 예외 인정에 대한 법원의 심사 가능성이 결여되어 있었다고 한다. 그때까지 지체의 위험의 요건이 실제로 존재하였는지 그리고 법원의 포괄적인 심사가능성을 배제할 것인지는 사건을 맡은 공무원이 재량으로 판단할 수 있었다고 한다.[809] 하지만 2001년 2월 20일자 연방헌법재판소 판결[810]을 통해서

806) Stadler, ZRP 2013, 179, S. 180.

807) 영국의 경우도 Common law에서는 체포직후에 피체포자와 ‘직후의 상황(immediate surroundings)에 대하여 무영장 수색이 인정되고 있다. Dillon v. O’brien and Davis, (1887) 16 Cox CC 245 의 경우, 경죄의 체포영장 집행에 수반하여, 관련 증거를 압수한 사안에서의 그 적법성이 쟁점이 되었다. 또한 Elias v. Pasmore, [1934] All E.R. 380 (DC)의 경우, 반역(모반) 미수사건으로 체포 후에 이루어진 무영장 수색으로 압수된 서류에 대해서 공판 종료 후에 반환을 요구해 온 것이 쟁점이 되었다. 현재 주거수색은 다른 권한이 없어도 가능하며, PACE 8조는 주거의 출입·수색영장(은닉자료를 제외하고)에 대해 규정하고 있다. 동조에 근거한 영장은 피의자가 아닌 자에 대하여서도 수색가능한 점에서 다른 영장보다도 강하다. 8조의 영장은 치안판사에 의해 발부된다. 치안판사는 다음의 이유를 인정한 때(PACE, s. 8(1))에는 영장을 발부할 수 있다. 1) 중대한 체포가능범위가 행해진 것, 2) 관련 자료가 당해 주거에 있을 것, 3) 당해자료가 수색에 있어서 중요한 가치가 있을 것, 4) 당해자료가 관련성 있는 증거일 것, 5) 당해자료의 전부 또는 일부가 은닉자료가 아닐 것, 6) 다른 수단의 실행 가능성이 없을 것이다. 치안판사는 발부한 이유 등의 기록서를 작성할 필요는 없다. 경찰관은 이상의 요건을 만족하여 발부한 영장에 근거해 주거에 출입, 수색할 수 있다.

808) BVerfGE 103, 142 [153] = NJW 2001, 1121; BVerfGE 139, 245 [269] = NJW 2015, 2787 Rn. 69; BVerfG, Beschluss vom 12.3.2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428, 1429.

'지체의 위험'에 대해서도 이제는 법원의 통제가 가능하다는 점이 명확해졌다. 즉 연방헌법재판소는 '지체의 위험' 개념은 불확정 개념이므로 이에 대해 법원의 포괄적 통제가 가능하다는 것이다.[811]

둘째, 원칙과 예외 관계의 전도 경향은 수사절차의 경찰화에 있다고 한다. 경험적 연구를 통해서 알 수 있는 바와 같이 검찰수사관과 달리 검찰은 자신의 예외적 권한을 매우 제한적으로 행사하였다.[812] 검찰의 예외 권한 행사가 저조한 이유로는 우선 수사실무에서 경찰이 적어도 일상범죄의 대부분을 검찰의 협력과 통제 없이 수사 활동을 한다는 데 있다.[813] 이것은, 검찰이 실제로 자신의 권한으로 형사절차상 기본권 제한을 명령할 가능성을 사실상 거의 갖지 않는다는 것을 의미한다. 왜냐하면 진행 중인 수사를 전혀 알 수 없기 때문에 실무에서 지체의 위험을 확장 적용하고 법관유보를 공동화(空洞化)하는 본질적인 원인은 소위 "수사절차의 경찰화"(Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens)로 이해하고 있기 때문에 이러한 폐해가 제거되어야 한다고 보고 있다.

하지만 이미 언급한 대로 검찰은 인적·기술적 시설의 부재로 경미한 범죄나 중간정도의 범죄 영역에서는 자율적으로 신속하고 효율적인 사실관계를 규명할 수 없다. 또한, 검찰은 오히려 본질적으로 수사업무를 수행하는 경찰의 협력에 의존하고 있으므로 이러한 업무분담은 의미가 있어 보이다. 더구나 경찰공무원은 특별히 수사 활동을 위해서 양성되었지만, 검찰이 수사를 지휘하고 통제할 수 있으므로 검찰의 지휘 및 통제기능은 경찰에 의해서 수사의 상태가 규명된 경우에도 수행할 수 있어야 한다. 이러한 근거로 경찰이 기본권과 관련된 당사자의 권리를 제한하는 경우에는 수행 중인 수사절차를 검찰에 지체 없이 알려야 할 의무가 있다. 이러한 방법을 통해서만 경찰은 수사를 검찰과 합의하여 수행할 수 있기 때문에, 이 경우 검찰이 경찰의 모든 정보체계에 접근할 수 있는 것도 바람직하다[814]고 한다.

---

809) 지체위험의 심사 가능성에 대해서는 다음 참조 : Nelles, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen, 1980, S. 117 ff.
810) BVerfG NJW 2001, 1121 ff.
811) 지체의 위험 요건의 입증에 대해서는 다음 참조 Amelung/Mittag, NStZ 2005, 614 (616 f.).
812) Brüning, Richtervorbehalt, S. 220 f.
813) Brüning, Richtervorbehalt, S. 220.
814) Deutscher Richterbund, DRiZ 1993, 448.

또한 검찰과 검찰수사관 사이에 존재하는 상하관계의 준수는 예외권한 행사의 경우 지체의 위험의 인정을 줄이게 된다는 점도 인정해야 한다. 검찰의 소극적 태도는 긴급사례에서 형사절차상 기본권 제한 명령을 증대시킬 수 있는데, 이에 대해서 사건을 담당하는 검찰수사관이 검찰에게 연락이 닿지 않아서 직접 기본권을 제한하는 명령을 내려야 하는 경우에는 관련 처분의 수행을 검찰이 알 수 있도록 해야 할 의무가 있다.[815]

세 번째 원인으로 법관의 대기근무제가 충분하지 않다는 점이 지적되고 있으며,[816] 경험적 연구도 이를 지적하고 있다.[817] 2001년 2월 20일자 헌법재판소의 판결이 내려질 당시 대부분의 구법원에는 24시간 접근할 수 있는 수사법관의 대기 근무를 이용할 수 없었다. 이에 연방헌법재판소는 이러한 상황을 경고하였는데, 긴급 또는 비상 근무제를 설치하여 수사법관에게 연락이 닿을 가능성을 확보해야 할 법관의 헌법상의 의무는 법관의 재판을 받기 위해 노력해야 할 비법관인 수사기관의 의무와 일치한다고 보았다.[818] 물론 연방헌법재판소는 법관의 대기근무제를 어떻게 구성할 것인가에 대해서는 구체적으로 언급하지 않았다. 하지만, 연방헌법재판소의 설명에 따르면 모든 법원 관할 지역에 24시간 수사법관이 대기 근무할 수 있어야 한다는 점이 추론될 수 있다.[819]

나. 수사법관의 일방적 판단

원칙과 예외 관계의 전도현상 외에도 법관유보는 또 다른 구조적 결함을 드러내고 있다. 이러한 관점에서 비판하는 원인은 다양한데, 본질적인 비판점은 수사법관이 판단을 하는 경우 수사기관이 제출한 정보에만 근거할 수 있다는 사실이다. 수사기관의 기록과 증거수단의 제출은 선택적이고, 불완전하거나 수사 활동적으로 탈색되고 걸러진다고 한다.[820] 하지만 문제는 법관유보제도에서 내재적이라는 점이다.[821] 이미

---

815) Brüning, Richtervorbehalt, S. 221.
816) Benfer, Haussuchung, S. 217; Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, Rn. 190; Krehl, JR 2001, 491. 492; Einmahl, NJW 2001, 1393, 1396.
817) Brüning, S. 221.
818) BVerfG NJW 2001, 1121, 1123; NJW 2004, 1442.
819) 현재의 법관대기근무제에 대해서는 아래 Ⅶ. 8. 법관유보의 강화 참조.
820) Brüning, Richtervorbehalt, S. 222.

설명한 대로 수사법관을 통한 예방적 권리보호는 수사법관이 자신의 판단을 모든 이익형량과 관련한 사실에 근거할 수 있는 것이 아니라, 수사기관이 제출한 일방적인 정보자료에 근거해서 결정을 해야 한다.

그리고 피의자나 변호인의 협력은 이 절차단계에서는 배제된다. 왜냐하면 이를 통해서는 법관이 명령할 형사절차상 기본권 제한의 결과가 위태롭게 될 수 있기 때문이다. 하지만 법관은 이론적으로 수사기관의 일방적이고 선택적인 자료제출을 신뢰해야 하며, 법관은 자기책임으로 행하는 심사를 근거로 그 명령이 정당하다는 것을 확신한 경우에만 검찰이 신청한 처분을 명할 수 있다. 만일 검찰이 제출한 증거수단들이 기본권 제한 요건을 뒷받침하기에 충분하지 않는 경우에는, 법관은 상응한 기본권 제한 명령을 거부할 수 있으므로 거부해야 한다. 따라서 비법관인 수사기관은 충분한 증거수단을 제출해야 할 의무가 있다.[822]

다. 수사법관의 부실 심사

수사기관이 제출한 일방적인 정보를 근거로 그리고 일부는 이미 결정양식에서 작성되어 있는 신청서를 통하여 수사법관은 신청된 형사소송상의 기본권 제한의 명령요건을 대충 심사할 유혹에 쉽게 빠질 수 있다고 한다.[823] 이러한 위험은 형사소송에서 전화감청의 기본권 제한의 명령실무에 관한 빌레펠트 대학의 경험적 연구가 증명하고 있다. 다시 말해서, 조사된 107개 사건 중에서 극히 일부만 거부되었는데, 법관은 수사기관이 신청서에 제시한 결정초안 문언 그대로 수용한 비율이 전체 사건의 90%라고 한다.[824] 이 연구에 따르면 검찰이나 수사법관도 법관유보는 당사자를 위한 기본권 보호의 특별한 형태로서 간주하려고 하지 않았다는 것을 확인시켜 주고 있다.

수사기관이 완전한 기록 자료들을 제출하였음에도 불구하고, 수사법관이 다수 사례에서 실제로 신청서를 전혀 심사하지 않았거나 심사할 수 없는 경우도 있다고 한다.[825] 이러한 이유는 다양한데, 수사법관은 자신에게 제출된 증거수단들을 신속하게

---

821) Rabe v. Kühlewein, Richtervorbehalt, S. 424 f.
822) Brüning, Richtervorbehalt, S. 223.
823) Landau/Sander, StraFO 1998, 397.
824) Backes/Gusy/Begemann/Doka/Finke, Wirksamkeitsbedingungen von Richtervorbehalten bei Telefonüberwachungen, S. 4 ff.

심사하기 위해서[826] 시간적 압박을 상당히 받는다고 한다.[827] 이때 법관은 제출된 증거자료를 상당한 시간적 압박을 받으면서 평가해야 한다.[828] 시간적 압박이 처분 자체의 긴급성과 관련이 있다면, 이것은 법관유보의 특수성이기도 하다. 그러나 법관이 허용된 시간 내에 결정할 수 없다면, 수사기관은 실체적 제한요건이 존재한다고 확인하는 한, 자신들의 예외권한을 행사하여 원하던 형사절차상 기본권 제한을 명령할 수 있다.

또한 수사법관이 형사절차상 기본권 제한 명령의 신청을 충분히 심사하는데 필요한 전문지식을 갖추고 있지 않다고 한다.[829] 일반적으로 평일 근무시간에는 형사부 법관이 수사법관의 직무를 수행한다. 하지만 평일 근무시간에도 업무가 초과하는 경우 형사부 법관이 아닌 다른 법관이 수사법관의 업무를 대리하기도 한다.[830] 그리고 법관대기근무제에 따라 주말이나 휴일에 투입되는 수사법관도 형사부 법관이 아닌 경우가 있는데, 주로 범칙금 담당이나 소년부 담당 법관이 수사업무를 대리한다. 이러한 이유로 수사법관은 특별한 전문지식을 갖춘 검찰의 주장에 설득당하는 경우가 허다하다고 한다. 특히 검찰이 경제형법이나 조직범죄의 영역에서 필요한 전문지식을 갖추고 있는 경우에는 검찰의 주장을 따르게 된다고 한다. 이러한 모든 요소들은 수사법관의 경우 검찰이 제출한 신청서를 충분히 심사하지 않고, 검찰이 제시한 신청서를 글자 그대로 수용할 위험성이 내포되어 있다는 것을 암시한다.[831]

라. 기타

법관유보의 효율성과 관련하여 또 다른 문제는 다양한 제한요건의 불특정성에 있다. 예를 들어, 최초혐의(Anfangsverdachtes)의 개념은 그 윤곽이 제대로 드러나지 않는데, 이와 관련한 수사법관은 사실상 통제기능을 행사할 수 없다. 그 때문에 입법자가 혐의개념의 불특정성을 소위 범죄목록[832]을 도입하여 조정을 시도하였다는 것은

825) Helmken, StV 2003, 193 ff.
826) BVerfG NJW 2001, 1121, 1122.
827) Gusy, JZ 2001,1033,1035.
828) BVerfG NJW 2001, 1121, 1122.
829) Helmken. StV 2003, 193, 194.
830) Talaska, Richtervorbehalt, S. 90.
831) Vgl. Backes/Gusy, StV 2003, 249 ff.

얼핏 보면 당연한 것으로 보인다. 하지만 이러한 시도는 확실한 것으로 고려되어야 한다. 왜냐하면 그 목록들은 다양하게 형성되어 있고 일부는 열거와 복잡한 준용기술을 포함하고 있기 때문이다. 문제는 혐의가 특정 범죄가 아니라 상당히 중요한 의미를 가지는 범죄와 관련이 있는 경우에는 더욱 강화된다고 한다. 이러한 표지는 법관에 의해서 심사되기는 너무 불특정이며, 법관유보의 법률상 규정들이 통일되어 있지 않고 체계적으로 되어 있지 않다. 심지어 법관도 다양한 규정들을 상당히 조망하기 어려운데,[833] 이유인 즉, 법관들은 자신의 평상시 판결 업무 외에 수사법관으로서의 활동도 수행하기 때문이라고 한다.

또 다른 문제는 수사법관이 수사과정에 지속적으로 관련하지 않는다는 점이다. 수사법관은 절차를 수행하는 것이 아니라, 단지 한 시점에만 투입되어 전체 수사 상황을 알지 못하고,[834] 핵심적인 문제와 관련하여 수사기관의 공정성에 의존하게 된다. 이 때문에 수사법관은 범죄 기술적으로 사고하는 수사경찰을 통한 통지[835]와 수사처리 과정과 실제의 상태에 대해 검찰의 신뢰에 의존하고 있다.[836]고 한다.

3. 법관유보의 개선방안

가. 새로운 법관의 추가배치 및 재교육

오래전부터 문헌에서 수사법관의 수와 자질이 개선되어야 한다고 요구되었고,[837] 형법 및 형사소송법에 특화하여 교육받은 수사법관의 수를 늘려서 형사절차상 기본권을 제한하는 수사기관의 신청을 심사하는 것에 대해서 다툼은 없었다. 그러므로 수사법관이 자신의 직무를 더욱 전문적으로 행사할 수 있도록 범죄수사학이나 범죄수사 기술 분야 또는 헌법 분야에서 수사법관을 위한 재교육이나 연수 가능성을 계획적으로 제공하는 것은 의미가 있다. 마찬가지로 수사법관의 업무조건도 개선되어야 한다.

---

832) 범죄목록이란 예를 들어 제100a조 전기통신감청과 같이 감청대상범죄를 일정한 목록에 따라 분류하는 것을 의미한다.
833) Schnarr, NStZ 1991, 209 ff.; Krüger, DRiZ 2004, 247, 249.
834) Gusy, GA 2003, 689.
835) Kintzi, DRiZ 2004, 83, 84.
836) 법관유보의 문제점을 국내 법체계가 아니라 형사소송법의 유럽화에서 지적하고 있는 문헌은 다음 참조 : Brüning, ZIS 1/2006, S.33 ff.
837) 예를 들어 Thomas, AnwBl 1992, 354, 355.

이에 사무실의 적정한 구성과 상황 그리고 기술적 보조수단이 마련되어야 한다는 것이다. 하지만 이러한 요구는 정당하지만 예산과 연결되므로 실제로 이행되기에는 어려움이 있다고 한다.

나. 수사법관을 위한 법률상 특별 관할 설치

수사절차에서 반드시 필요한 법관유보를 강화하고 효율적으로 실행하기 위해서 수사법관을 위한 법률상 특별관할을 제정하자는 견해가 있다. 즉 수사법관을 지금처럼 구법원(AG)에 두는 것이 아니라, 특별관할을 설치하여 여기에 수사법관을 배치하자는 것이다. 이것은 수사법관이 전적으로 수사절차의 업무를 – 특히 형사절차상 기본권 제한의 명령을 – 전담하는 목적을 가진 것으로 법원조직법의 개정을 염두에 둔 것이다. 수사법관이 자기책임으로 정당성 심사를 통하여 명령된 기본권 제한이 예측 가능하고 통제할 수 있도록 확보하기 위해서 검찰이 제출한 자료를 일상적으로 취급하고 계획적인 교육을 통해서 필요한 문제의식과 필요한 경험지식을 확보한다는 점에서 장점을 가질 수 있다고 한다.[838]

또한 수사법관과 형사법관의 엄격한 분리는 긍정적인 효과를 가질 수 있는데, 이미 혐의자에 대해서 형사절차상 기본권 제한을 전절차에서 명령하여, 결격사유가 있는 수사법관은 이 사건의 공판절차에서 재판할 수 없다. 왜냐하면, 수사법관이 범죄혐의를 긍정하여 재판에 참여하는 경우 피의자를 유죄로 판결하는 경향이 있기 때문이라고 한다.[839]

다. 수사법관의 결정문 형식

수사법관의 명령은 기본적으로 수사기관의 기록 제출 후 서면으로 명해진다는 것이 의미가 있는지 고려되어야 한다.[840] 긴급사례에서의 서면 명령은 거의 대부분 포기되어야 한다는 견해가 있지만,[841] 이 견해에 대해서는 반대견해가 제기되고 있다. 이유

838) Helmken, StV 2003, 193, 196; Rabe v. Kühlewein, Richtervorbehalt, S. 433; Geppert, DRiZ 1992,405,410.
839) Prechtel, Ermittlungsrichter, S. 5.
840) Helmken, StV 2003,193, 197.

인 즉, 법관의 심사가 형사절차상 기본권 제한을 실제로 필요한 사례로 한정하고, 제한의 범위를 국한시키는 기능을 해야 한다면, 법관의 명령은 일반적으로 기록의 검토를 먼저 해야 한다는 것이다. 또한 처분의 범위는 서면에서 확정되어야 한다는 것이다.[842] 하지만 이에 반해서 예외 없이 법관에게 서면 명령을 요구하는 것은 의미가 없는데, 서면 명령을 법률상 규정하자는 제안은, 예방적 권리보호를 제공해야 하는 수사법관에게 의미를 제공하지 않기 때문이라고 한다.[843]

라. 수사법관의 판단에 대한 강제적인 사후 통제

형사절차상 기본권을 제한하는 모든 명령의 정당성을 법원이 사후에 심사하는 것을 의무로 규정하는 방안이 제시되고 있다. 법원의 사후 심사 의무는 제한 명령이 수사법관에 의해서 행해지거나 긴급성을 이유로 수사기관에 의해서 행해진 것이든 상관없이 법관유보를 더욱 실효성 있게 제공할 가능성이 있기 때문이다.[844]

이러한 통제는 기본법 제19조 제4항에서 나오는 효율적인 권리보호 원칙에 근거할 수 있는데, 물론 이 경우 수사법관의 명령과 관련하여 문제가 제기될 수 있다. 왜냐하면 기본법 제19조 제4항은 통상적인 판례에 따르면[845] 법관의 처분에는 적용되지 않기 때문이다.

한편, 수사기관의 결정이 사후에 통제되는 경우에는 지체의 위험의 인정시 수사기관은 자제하게 될 것이라는 점은 확실하며, 수사절차의 주재자인 검찰의 지위도 사후 통제를 통해서 붕괴되지 않을 것이다. 하지만 사후심사가 이후에 실제로 수행될 수 있는가 하는 점은 현실적인 문제로 제기될 수 있다. 즉, 실무에서 긴급명령의 엄청난 빈도수를 고려한다면, 심사를 수행할 인적 자원을 어떻게 확보하는 점과 연결되기 때문이다. 이러한 의미에서 강제적인 사후 통제의 도입은 적합하지 않다는 견해가 유력하다.[846]

---

841) Einmahl, NJW 2001, 1393, 1395.
842) Bittmann, wistra 2001, 451,4 54.
843) Talaska, S. 187.
844) Talaska, Richtervorbehalt, S. 188.
845) BVerfGE 49, 329, 340.
846) Talaska, Richtervorbehalt, S. 194.

마. 수사법관의 권한 확대

수사법관의 권한을 확대하는 것이 필요하다는 견해가 제시되고 있는데,[847] 이는 수사법관에게 추가적인 수사를 위해서 독자적인 권한을 부여해야 한다는 것이다. 특히 전기통신감청의 경우와 같이 장기처분의 경우 일반적으로 계속 진행 권한을 심사해야 하며, 특정한 수사기관에 대해서 구체적인 지시권을 가져야 한다는 것이다.

이러한 견해에 의하면 수사법관은 수사기관의 직무를 감시할 수 있으므로 기본권의 확보가 더욱 보장될 수도 있다. 하지만 이것은 자칫 형사소송의 체계를 복잡하게 변형시킬 것을 요구하고 있고, 수사절차의 주재자는 검찰이므로 수사를 감시하는 수사법관이 권력분립의 요구사항에 상응해야 한다는 문제가 제기될 수 있다, 왜냐하면 사법부와 집행부의 혼합이 될 수 있고, 이러한 권한 확대는 수사법관의 업무가중을 야기할 수도 있기 때문이다.[848]

바. 법관유보의 적용범위의 제한과 검찰유보

법관유보는 오늘날 입법자에게 실무의 상황과는 관계없이 항상 형사절차에서 기본권 보호를 위한 왕도로서 여전히 적용되고 있다.[849] 하지만 형사소송법에 규정된 모든 법관유보가 정당화될 수 있는지 의심을 제기하는 견해가 있는데,[850] 형사소송법에 규정되어 있는 법관유보는 더 이상 인정될 수 없다는 것이다.

가령, 기본법은 주거수색의 경우 제13조 제2항, 제3항, 제4항 그리고 자유박탈의 경우 기본법 제104조 제2항, 제3항에서 법관유보를 규정하고 있지만, 다른 기본권의 경우에는 이에 상응한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 이러한 경우에는 헌법제정자가 법관유보를 반드시 필요한 것으로 간주하지 않았다는 주장이 제기될 수 있다.[851] 또한 법률에 규범화되어 있는 법관유보와 관련해서도 통일적인 체계도 존재하지 않기 때문에 법관유보의 적용범위의 확대와 관련하여 효과적인 수사 활동이 경시되어서는

847) Helmken, StV 2003, 193,197.
848) Talaska, Richtervorbehalt, S. 196.
849) Rabe von Kühlewein, Richtervorbehalt, 2001, S. 67; Kühne, Strafprozessrecht, Rdn. 409.
850) Kintzi, DRiZ 2004, 83, 86f.; Senge, NJW 1997, 2409, 2411.
851) Krüger, DRiZ 2004,247.

안 된다고 한다. 그렇다면 형사사법의 기능도 높은 법익을 가진다고 볼 수 있다. 즉 효과적인 수사 활동이 없다면, 특히 효과적인 증거의 확보가 없다면, 형사절차는 수행될 수 없다고 보아야 한다.

이러한 배경에서 수사법관의 권한을 검찰로 이전해야 한다는 견해가 제시되고 있다. 이 견해에 따르면 법관유보의 구조적 취약성 때문에 오늘날 법관유보는 성공적인 결과물이 아니라고 한다. 따라서 법관유보 대신 명령권을 검찰로 이전하는 검찰유보가 인정되어야 한다는 것이다. 이는 수사법관의 업무를 경감시키기 위한 것이나, 경찰실무에서 법관유보는 수사의 훨씬 이전 단계에서 효과적인 범죄와의 전쟁을 어렵게 하거나 심지어 문제가 되고 있다.[852] 이러한 실무의 상황은 일반적으로 법관유보의 폐기론으로 이어진다.

그리하여 법관의 협력은 탈락되어야 하고 비밀 수사처분에 대한 권한은 일반적으로 검찰로 이전되어야 한다는 것이다. 이것은 수사절차를 실무에 훨씬 더 접근하게 하는 것으로,[853] 이 견해에 따르면 법관유보가 소위 검찰유보로 대체됨으로써[854] 법관유보가 안고 있는 다수의 구조적 결함이 보완될 수 있다. 그 이유로는 첫째, 검찰이 경찰과의 관계에서 더 많은 권한을 가짐으로써 수사절차에서 수사의 경찰화를 통제할 수 있고, 둘째, 검찰은 법관과 비교하여 일반적으로 수사절차에서 더 나은 전문지식을 가지고 있기 때문이다.

반면, 이에 대해서 반대견해가 있는데,[855] 법관유보의 일반적 폐기와 수사법관의 직무를 검찰로 이전하는 것은 법관유보의 기본권 보호를 보장하는 해결책이 아니라는 것이다. 법관유보의 폐지는 경찰의 수사에 대한 검찰과 수사법관의 통제를 상실케 하는 것이라고 한다. 따라서 검찰의 정당성심사는 법관의 판단을 대신 하는 것이 아니라 법관의 판단을 대안 없이 박탈하는 것으로 보고 있다. 게다가 검찰유보는 헌법상 근거에서도 허용되지 않는데, 법관유보는 곧 수사절차에서 존재하는 검찰의 권력우위를 정해야 하는 어려움도 있다. 즉, 검찰은 법관과 달리 독자적인 주도로 범죄를 밝혀내기 위한 동기의 압력을 받고서 행동한다. 그런 점에서 검찰에게 항상

852) Asbrock, ZRP 1998, 17.
853) Gusy, ZRP 2003, 275, 276; Krehl, NStZ 2003,461; Krüger, DRiZ 2004, 247, 250; Kintzi, DRiZ 2004, 84, 85.
854) Lilie. ZStW 111 (1999), 807, 817.
855) Krüger, DRiZ 2004, 247, 250; Talaska, Richtervorbehalt, S. 204.

주관적인 이익이 존재하므로 중립적이고 독립적이며 편견 없는 법관이 기본권 제한 요건의 준수에 적임자라고 볼 수 있기 때문이다.

사. 법관대기근무제의 강화

(1) 법관대기근무제의 도입배경 및 근거규정

수사법관은 법원조직법(GVG)[856] 제21e조 제1항 제1문에 따라 각 법원의 운영위원회에서 임명한다. 법원조직법 제22c조는 수사법관의 대기근무제를 규정하고 있다. 즉, 근무일의 업무시간에는 일반적으로 형사부 법관이 수사법관의 직무를 수행한다. 그런데 근무일의 업무 시간 이후, 주말 또는 휴일에도 수사법관의 직무가 필요한데, 특히 비밀수사처분의 경우 법관의 명령이 필요하기 때문이다.

법원은 근무일의 업무 시간 이후, 주말 또는 휴일에 수사법관의 직무를 제공하는 법원의 긴급서비스인 법관대기근무제를 도입하고 있다. 법관대기근무제의 도입배경은 지체의 위험을 근거로 검찰이나 경찰의 긴급명령을 줄이고 헌법상 법관유보를 강화하기 위한 것이다.[857]

동법 제22c조 제1항에 따르면 주(州) 정부는, 대기근무법관에게 동등한 업무 부담을 보장하는데 적합한 경우, 지방법원의 관할지역 내에 있는 수개의 구법원에 대하여 또는 고등법원 관할지역 내에 있는 수개의 지방법원에 대하여 집중대기근무계획을 수립하거나 구법원이 대기근무의 업무를 전부 또는 일부 수행하도록 법규명령을 제정할 권한을 가진다고 한다.[858] 이 조항에 규정된 구법원의 법관은 대기근무에 투입되어야 하며, 이 조항의 법규명령에서 지방법원의 법관도 대기근무에 투입되어야 한다고 규정하고 있다. 대기근무의 업무분장에 관해서는 제21e조에 따라 지방법원의 운영위원회가 관련 구법원장과 협의하여 결정한다. 합의가 이루어지지 않는 경우에는, 그

856) 2019.6.19. 개정되어 2019.6.28. 발효됨(BGBl. I S. 840).

857) Rabe von Kühlewein, NStZ 2019, 501.

858) 예를 들어 독일 바덴 뷔르템베르크 주의법원 관할에 관한 법무부 법규명령 제29조에 따르면 두 개의 고등법원(칼수루에, 스튜트가르트)이 집중대기근무제를 운영하고 있다(Zuständigkeitsverordnung Justiz – ZuVOJu vom 20. November 1998). 비근무일의 대기근무시간은 16:30-07:30, 금요일은 14:00-07:30 사이다. 같은 주 프라이부르크 구법원의 2020년 법원의 업무분장표에 따르면 근무일에는 요일별로 수사법관이 배치되어 있다. 따라서 고등법원의 집중대기근무시간 외에는 자체적으로 대기근무제를 운영해야 한다(Amtsgericht Freiburg, Geschäftsverteilungsplan - Gerichtsabteilungen - für das Geschäftsjahr 2020, S. 43).

지방법원이 속한 지역을 관할하는 고등법원의 운영위원회가 결정한다. 주정부는 이러한 권한을 주법무부에 위임할 수 있다.

(2) 연방헌법재판소 주요 판례

연방헌법재판소는 2001년 법관유보에 관한 기본적인 판결을 선고하였다.[859] 이 판결은 특히 법관유보를 강화하기 위해서 법관의 대기근무제를 마련할 것을 권고하였는데, 당시 근무일 15:30 이후가 되면 법관에게 연락이 닿지 않아 수사기관이 긴급명령을 남용하는 근거가 되었다. 이 판결에서 연방헌법재판소는 긴급서비스 또는 비상서비스(Eil- oder Notdienstes)를 도입해서라도 주거수색명령의 경우에는 수사법관에게 연락이 닿아야 한다고 하였다.[860] 이 판결을 계기로 법관의 대기근무제가 확대되어야 하는지 또는 심지어 24시간 보장되어야 하는지에 대하여 실무와 학계에서 찬반논의가 활발하게 진행되었다.

얼마 후 연방헌법재판소는 2003년 야간 대기 근무는 헌법에 의해서 기본적으로 필요한 것이 아니라, 예외 사례를 넘어서는 실제로 필요한 경우에는 필요하다고 판시하였다.[861] 또한 연방헌법재판소는2005년 판결에서 다시 한번 법관대기근무제에 대한 입장을 밝혔다.[862] 즉 수사법관에게 연락이 닿을 가능성은 통상적인 업무시간이 아니더라도 낮에는 아무런 제한 없이 확보되어야 하고 야간에는 실무상, 예외적인 사유로 제한되는 것이 아니라, 필요한 경우에도 어쨌든 확보해야 한다고 판시하였다. 하지만 헌법재판소는 법관의 대기근무제의 범위와 관련하여 구체적으로 제시하지 않았다.[863] 이 판결은 이후의 판결에서 재확인되었다.[864]

이와 관련하여 세 가지 견해가 제시되었다. 첫째, 법관의 긴급근무 또는 비상근무는 필요하지만, 모든 법원이 수사법관의 긴급근무를 일주일 내내 하루 24시간 해야 하는 것은 아니라는 견해이다. 즉 대기 근무는 평일 10:00에서 18:00사이 그리고 주말로 하면 된다는 것이다.[865] 둘째, 수사법관은 24시간 영구적으로 대기해야 한다는 견해이

859) BVerfGE 103, 142; BVerfG, Urteil vom 20. 2. 2001 - 2 BvR 1444/00, NJW 2001, 1121.
860) BVerfGE 103, 142, 156.
861) BVerfG, 10.12.2003 - 2 BvR 1481/02, BVerfG NJW 2004, 1442.
862) BVerfG 2 BvR 308/04, Beschluss v. 04.02.2005.
863) Talaska, Der Richtervorbehalt, S. 161.
864) BVerfG, 16.06.2015 - 2 BvR 2718/10, 2 BvR 2808/11, 2 BvR 1849/11, BVerfG NStZ 2015, 529, 531.

다. 이는 연방헌법재판소가 강조한 법관유보의 의미를 적정하게 고려해야 한다는 입장이다.[866] 셋째, 기존의 대기 근무를 확대하는 것은 필요하지만, 24시간까지는 필요하지 않다는 견해이다. 이는 업무시간 종료 후 저녁 9시까지 그리고 아침 4시 및 6시와 업무 시작 전에는 수사법관에게 도달가능성이 필요하다고 한다.[867] 이 견해는 현행범의 소추나 지체의 위험이 있는 경우 야간 주거 수색을 규정하고 있는 형사소송법 제104조에 근거하고 있다.[868] 여기서 야간시간이란 저녁 9시에서 여름엔 아침 4시, 겨울엔 아침 6시를 말한다(민사소송법 제188조 제1항)고 한다.

연방헌법재판소 판결 이후 구법원은 법관의 대기근무제를 설치하였다. 근무일에는 일부 법원의 경우 근무시간 외에도 수사법관에게 도달할 수 있었지만 연방헌법재판소의 판결 후 대기근무제에 관한 규정은 법원의 관할마다 통일되어 있지 않았다.[869] 가령, 베를린에서만 24시간 수사법관의 대기근무제가 마련되었다. 또한 비근무일에는 법원조직법 제22c조 제1항 제1문과 제2항에 그리고 주법률에 의해서 중앙대기근무제가 설치되었다.[870] 하지만 법관 대기제는 실무에서 연방헌법재판소가 요구한 대로 준수되지 않았다.

이러한 상황에서 연방헌법재판소는 2019년 3월 12일 결정에서 법관대기근무제와 관련하여 구체적인 방안을 제시하였다.[871] 이 결정은 특히 법관의 야간대기근무제의 문제를 명확히 하였는데, 이 결정이 다룬 사실관계를 요약하면, 마약 흡입의 혐의를

865) Bittmann, wistra 2001, 451, 453.
866) Einmahl, NJW 2001, 1393, 1394.
867) Schulz, NStZ 2003, 635.
868) 한편, 영국은 PACE 32조는 체포에 수반하는 수색을 규정하고 있다. 32조의 수색권한의 목적은 위험방지, 피체포자의 도망방지, 또는 증거수집에 있다(PACE, s. 32(1)(2)). 32조의 수색권한은 18조와 달리, 피의사실이 체포가능범죄인 경우에 한정되지 않는다. 수색대상은 사람과 주거 양면 모두에 대해 가능하다. 수색대상의 주거는 체포 시 또는 직후의 주거이며, 피체포자의 주거가 아니라도 상관없다(PACE, s. 32(2)(b)). 단, 주거에서의 수색대상은 체포의 기초가 되는 범죄사실에 관련한 증거에 한한다(PACE, s. 32(2)(b)). 또한, 수색 가능한 범위는 동조의 목적에 필요한 범위에 한한다(PACE, s. 32(3)). 32조에 따른 수색은 의심스러운 사유를 넘어 상당한 이유가 있어야 한다(PACE, s. 32(1)(5)(6)). 이 때문에 실무에서는 의심스러운 사유 보다 넓은 범위를 수색할 수 있는 18조가 이용되며, 이 32조에 의한 수색은 거의 이루어지지 않는다. 한편, PACE 17조는 체포를 목적으로 한 주거의 출입수색권한을 인정한다. 17조의 권한은 제복경찰관만 행사할 수 있다(PACE, s. 17(3)). 수색대상자가 당해 주거에 있을 경우 상당한 이유가 있어야 한다(PACE, s. 17(2)(a)). 수색대상은 합리적으로 필요한 범위로 한정된다. 주거에 거주자가 있을 경우 권한과 목적을 알려야 한다(PACE, s. 17(3)).
869) Vgl, Informationen des Deutschen Richterbundes in: DRiZ 2001,482.
870) Informationen des Deutschen Richterbundes in: DRiZ 2001,482.
871) BVerfG, Beschluss vom 12.3.2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428.

받고 있는 피의자가 어떤 마약을 흡입하였는지 수사하기 위해서 경찰이 주거수색명령을 검찰에게 신청하자 검찰은 지체의 위험을 이유로 새벽 4시 44분경에 긴급수색명령을 내린 사건에서 연방헌법재판소는 수사법관의 대기근무와 관련하여 법리를 구체화하였다. 이를 살펴보면 다음과 같다.

연방헌법재판소의 결정에 따르면 수사기관은 주거를 수색하기 이전에 일반적으로 담당 법관의 수색명령을 받도록 시도해야 한다. 하지만 그 시도로 시간적 지체가 이미 수색의 성공을 위태롭게 하는 예외적인 상황에서 수사기관은 사전에 법관의 명령을 받으려는 시도 없이 직접 지체의 위험으로 인한 명령을 내릴 수 있다. 통상적으로 특정 시점에 또는 특정 기간 내에 담당 법관에게 연락이 되지 않아 법관의 명령을 받을 수 없다는 추상적인 언급만으로는 지체의 위험의 인정을 근거 지을 수 없다.[872] 수사법관에게 연락이 닿을 가능성을 긴급근무 또는 비상근무의 설치를 통해서도 확보해야 하는 법원의 헌법상 의무는 이와 일치한다.[873] 그러므로 법관의 직무를 효과적으로 수행하기 위해 필요한 수단이 수사법관에게 제공되어야 한다.[874]

또한 연방헌법재판소는 통상적인 근무 시간 이외의 날에도 수사법관에게 제한 없이 연락이 닿을 가능성은 법관유보의 실제적 유효성 명령에 상응하는 법관의 대기 근무에 대한 요구사항에 속한다. 일과시간은 이 경우 연중 6시부터 21시 사이의 시간을 포함한다. 야간시간에 수사판사의 대기 근무는 예외 사례를 넘어서 필요한 경우 정해야 한다.[875]

수사법관이 형사소송법 제162조 제1항 제1문에 따라 수사법관의 직무를 관할하는 모든 구법원에서 헌법에 근거해서 '24시간' 연락이 되어야 한다는 것은 기본법 제13조 제2항에서는 명시되어 있지 않으나, 기본법 제13조 제2항은 형사소추기관의 긴급권을 예외로서 명백하게 규정하고 있다. 예외 사례에서만 야간 수색명령이 내려진다면, 야간 수사법관의 대기근무제의 부재는 기본법 제13조 제2항에서 정한 법관의 법정

872) BVerfGE 103, 142 [155 f.] = NJW 2001, 1121); BVerfG, Beschluss vom 12.3.2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428, 1430, Rn. 56.
873) Vgl. BVerfGE 103, 142 [156] = NJW 2001, 1121,
874) BVerfG, Beschluss vom 12.3.2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428, 1430, Rn. 57.
875) vgl. BVerfGE 139, 245 [268] = NJW 2015, 2787 Rn. 64; BVerfGK 2, 176 [178] = NJW 2004, 1442; BVerfGK 5, 74 [78] = NJW 2005, 1637); BVerfG, Beschluss vom 12.3.2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428, 1430, Rn. 58.

관할을 위태롭게 하지 않는다. 또한 헌법제정자가 기본법 제13조 제2항을 제정하면서 법관의 연락가능성이 야간에도 항상 보장되어야 한다는 것을 인정하였는지는 명확하지 않다고 하였다.[876]

이에 연방헌법재판소는 예외 사례를 넘어서는 야간 수색명령의 필요성이 야간 시간에 수사법관의 대기근무의 설치를 요구하는지 여부 및 정도는 법원장이 기속재량에 따라서 자신의 책임으로 판단해야 한다고 하였다. 다시 말해서, 필요성 조사의 종류와 방법은 법원장의 판단재량 및 예측재량에 속한다.[877]는 것이다

법원조직법 제21e조 제1항 제1문에 의하면 법원장은 법관의 배치를 결정하고, 수사판사를 임명하고, 대리인을 정하고 업무를 분장한다. 법원장의 직무는 완전히 법관의 독립성에서 이를 수행하고 이 경우 법과 법률에만 구속된다.[878] 구체적인 대기근무의 구성은 법원장의 직무에 속한다. 이때 법원장은, 헌법상 요청이 존재하는 한, 통상적인 근무시간 외에 연기할 수 없는 업무 및 휴무일에 담당 법관을 배치해야 한다.[879] 따라서 법원장은 수사판사의 직무영역을 위해서 검찰청 또는 그 지국을 관할하는 소재지의 구법원에게(형소법 제162조 제1항 제1문) 또는 – 법원조직법 제22c조에 따른 집중대기근무의 경우에 – 지방법원의 법원장에게 관할 구법원의 장과 협의하여(법원조직법 제22c조 제1항 4 참조), 해당 법원 관할 지역에서 예외 사례를 넘어서는 야간 수사법관의 대기근무의 설치를 위한 실무상 필요가 존재하는지에 대한 예측결정을 내릴 의무가 있다.[880]고 한다.[881]

이처럼 연방헌법재판소의 판례에서 의미하는 예외 사례를 넘어서는 야간 수색명령의 필요성은, 기본법 제13조 제2항에 규정되어 있는 원칙과 예외 관계가 수사법관에게 야간에 연락이 닿을 가능성이 없으면 더 이상 보장되지 않는 경우에 존재한다. 따라서 야간 수사법관의 대기근무의 설치는, 야간 수색명령이 오로지 매우 경미한 범위에서 발생하는 한해서만 배제될 수 있다[882]고 한다.

---

876) BVerfG, Beschluss vom 12.3.2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428, 1430, Rn. 59.
877) BVerfG, Beschluss vom 12.3.2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428, 1430, Rn. 68.
878) vgl. Kissel/Mayer, GVG, 9. Aufl. 2018, § 21 e Rn. 7, 20.
879) vgl. Kissel/Mayer, GVG, 9. Aufl. 2018, § 21 e Rn. 136.
880) Kissel/Mayer, GVG, § 21 e Rn. 136 und § 22 c Rn. 1.
881) BVerfG, Beschluss vom 12.3.2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428, 1430, Rn. 69.
882) BVerfG, Beschluss vom 12.3.2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428, 1430, Rn. 70.

그러므로 관할 내에서 야간 수색명령이 실제로 필요한가를 어떠한 방법으로 예측하는가는 법원장의 판단재량 및 예측재량에 속한다고 할 수 있다. 법원장이 그 필요성 진단을 통계 수집에 근거하지 않고, 일반적인 경험치에 의존한다면, 이것은 충분히 수긍할 수 있어야 한다. 예를 들어, 대도시에서는 저녁시간과 야간시간에 수색명령을 긴급하게 신청하는 건수가 지방의 법원 관할보다는 상당히 많다는 상황은 수긍할 수 있는 경험치라 할 수 있다.[883] 따라서 법원 관할의 한계근처가 경험에 따라서 상당한 규모로 경계를 넘어서는 범죄로 나아가는 경우 그러한 한계근처나 법원 관할 내에서 알려진 범죄에 중점이 있다는 상황도 야간에 예외를 넘어서는 수색명령의 필요성이 존재하는 것으로 추론될 수 있다. 끝으로 높은 필요성은 시간적으로 제한되는 대규모 사건의 기간 동안 발생할 수 있으며,[884] 개별 법원의 관할에서 특별한 관계는 항상 중요하므로 일반적인 규정은 금지된다고 한다.[885]

그 결과, 연방헌법재판소는 이 결정으로 헌법상 법관유보의 도그마틱을 확대 발전시켰다. 즉 헌법재판소는 2001년 이후 헌법 및 법률상 법관유보를 실체적 조직적으로 강화해 온 기존의 판례를 정리하고 있다. 특히 연방헌법재판소는 수사기관과 법원에게 협력의무를 부과하고 있는데, 법원이 헌법상 법관의 대기근무 의무를 준수하지 않는다면, 수사기관은 앞으로 지체의 위험을 인정해서는 안 되며, 수사기관과 법원은 야간에 법관의 재판에 대한 필요성을 심사하는 경우에도 협력할 수 있고 협력해야 한다고 하였다.

따라서 법원과 수사기관은 기본권을 중대하게 제한한 것에 대해서 연대책임을 져야 한다고 결정하였고, 이것이 법관유보의 의미에 상응한다고 보았다. 이 결정은 형사법원, 각급 법원의 운영위원회, 수사기관뿐 아니라 위험예방이나 집행을 위해서 주거수색을 허가받아야 하는 경찰과 집행관청 그리고 연방과 주의 입법자에게도 상당한 영향을 미치게 되었다.[886] 그리고 현재 이에 대한 논의가 학계와 실무에서 활발하게 진행 중이다.

---

883) 뮌헨의 경우 BVerfGK 9, 287 [290] = NJW 2007, 1444; 브란덴 부르크 주의 경우 BVerfGK 2, 176 [178] = NJW 2004, 1442.

884) 핵폐기물 운반(Castor-Transport)과 관련한 사건에서 위험예방을 위한 법관의 긴급 야간 근무의 설치에 대해서는 다음 참조 : BVerfGK 7, 87 [102] = NVwZ 2006, 579.

885) BVerfG, Beschluss vom 12.3.2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428, 1430, Rn. 71.

886) Rabe von Kühlewein, NStZ 2019, 501.

아. 증거사용금지

지금까지 제시된 개선방안들은 법관유보가 실무에서도 유효하다는 것을 확보할 수 있는지 의문을 제기하면서[887] 학계에서는 증거사용금지를 그 대안으로 제시하고 있었다. 연방헌법재판소는 지금까지 증거사용금지의 기원을 다양한 논거에 근거하고 있다. 즉 정보자기결정권, 인간의 존엄성 보호, 효율적인 형사사법의 원칙에 대한 일반적 인격권의 이익형량, 공정한 절차원칙이 그 논거들이다.[888] 문헌에서도 증거사용금지의 필요성이 오래전부터 요구되고 있었다.[889]

수사기관이 잘못된 방법으로 '지체의 위험'의 존재를 긍정한 경우에는 권한명령의 위반이 존재한다. 따라서 권한을 벗어난 행위는 형식적 법률유보를 위반한 것으로 이는 수사기관의 위법행위에 해당된다.

법관유보 하에 있는 형사절차상 기본권 제한이 위법할 경우 기본권 보호를 위해 무엇이 행해질 수 있는지 문제가 되었다. 기본법 제1조 제3항을 통해서 기본권 보호 의무가 있는 국가는 적어도 위법한 제한의 기본권 위반의 결과를 제거해야 한다.[890] 증거수사의 목적으로 행해진 형사절차상 위법한 기본권 제한의 결과는 확보된 증거수단이다. 따라서 결과의 제거는 증거수단이 형사절차와 관련하여 고려되지 않아야 한다는 것을 의미한다. 즉 증거사용금지가 적용되어야 한다는 것이다.

여기서 증거수집금지(Beweiserhebungsverbot)와 증거사용금지(Beweisverwertungsverbot)는 기본적으로 구별되어야 한다. 증거수집금지는 직접 법률에서 나오며, 증거수집금지에는 다시 증거주제금지(Beweisthemaverboten)와 증거수단금지(Beweismittelverboten)로 나뉘어 진다. 전자는 특정한 사실관계의 규명을 기본적으로 금지하는 것으로 예를 들어 연방중앙등록법(BZRG) 제51조의 삭제된 전과조회금지가 이에 해당된다. 후자는 특정한 증거수단의 사용을 금지 하지만 다른 증거수단으로 사실관계의 규명을 방해하지 않는다.[891]

---

887) Talaska, Richtervorbehalt, S. 183.

888) BVerfGE 65, 1, 43; BVerfG NJW 2000, 55, 57 (Informationsbeherrschungsrechte); BVerfG NJW 1996, 3071, 3072 (DNA); BVerfGE 80, 367, 373 ff. (Tagebuchentscheidung); BVerfGE 56, 37, 50 f. (Gemeinschuldnerbeschluss); BVerfGE 34,238,245 ff. (Heimliche private Tonbandaufnahmen).

889) Asbrock, StV 1999, 187, 189 m.w.Nachw.

890) Amelung/Wirth, StV 2002, 161,168.

이에 대해서 증거사용금지는 판결의 발견을 위해서 특정한 증거결과물을 고려하는 것에서 배제한다.[892] 증거사용금지는 독립적인 증거사용금지와 비독립적인 증거사용금지로 구별되는데, 증거사용금지의 인정은 이를 명백하게 규범화하는 것에 의존하지 않는다.[893] 증거사용금지가, 증거수집금지의 침해의 결과로서 발생하는 경우 비독립적으로, 법률의 위반에 근거하지 않고, 직접 헌법에서 도출되는 경우에는 독립적으로 표현한다.[894] 독립적인 증거사용금지의 중요한 예로는 수사절차에서 비밀 녹음, 비밀 사진 및 영상 촬영이나 일기장의 압수 등이 있다. 이들의 금지는 기본법 제1조와 제2조에서 직접 도출될 수 있다. 물론 기본권으로 보호되는 당사자의 법익의 제한의 정도에 따라 달라질 수 있다. [895]

이에 대해서 비독립적 증거사용금지는 증거수집금지의 위반에서 기인한 사용금지로 이해되고 있다. 증거사용금지에 대한 판례와 학설은 다양하고 거의 통일적으로 개관하기 어렵다. 증거사용금지를 분명하게 규정하고 있는 조항들은 형사소송법 제81c조 제3항 제5문, 제98b조 제3항 제3문, 제100b조 제5항, 제100d조 제3항 제3문, 제100d조 제5항, 제100f조, 제108조 제2항, 제136a조 제3항 제2문, 기본법 제13조 제5항, 통신비밀제한법(G10) 제7조 제3항, 연방중앙등록법(BZRG) 제51조 제1항 등이 있다. 더구나 비독립적 증거사용금지의 기원에 대한 나머지 가능한 사례들은 법률상 명백하게 규정되어 있지 않아서 다툼이 있어 왔다.[896]

법관유보의 위반시 증거사용금지의 문제와 관련하여 판례[897]와 학설[898]은 일치되어 있지 않고 있지만, 형사절차상 기본권을 제한하는 법관의 명령은 단순히 형식적인 것이 아니라고 연방헌법재판소도 정당하게 밝히고 있다.[899] 따라서 법관의 명령은

---

891) 이 외에도 증거방법금지(Beweismethodenverboten)(형사소송법 제136a조)도 언급하고 있는데, 이는 증거수집을 위해서 특정한 방법이 사용되어서는 안 되고 특정인에 의해서만 증거확보가 명령되고 수행되는 것을 정하고 있는 상대화된 증거금지이다 (예를 들어 형사소송법 제81a조, 제98조, 제100조, 제105조 등).

892) Roxin, Strafverfahrensrecht, § 24 Rdn. 15.

893) Beulke, Strafprozessrecht, Rdn. 455.

894) Roxin, Strafverfahrensrecht, § 24 Rdn. 23.

895) Talaska, S. 227 f.

896) 이에 관련하여 엄격한 증거금지론, 연방대법원의 법영역이론, 보호목적론, 이익형량론 등이 있다. 이에 대한 설명은 Talaska, Richtervorbehalt, S. 230-238 참조.

897) 이에 대해서는 Talaska, Richtervorbehalt, S. 239 ff. 참조.

898) 이에 대해서는 Talaska, Richtervorbehalt, S. 255 ff.참조.

899) 압수수색명령과 관련해서는 다음 판례 참조: BVerfG NJW 2005, 275, 276.

우회하지 않는 경우에도 결과를 인정해서는 안 된다. 그렇기 때문에 형사사법은 법치국가적으로 행위하고 특히 헌법과 절차법에 합치하게 기본권으로 보호되는 당사자의 법적 지위를 제한하는 경우에만 기능에 따라 작동해야 한다. 다만, 국가가 스스로 자신의 규정을 준수하지 않는 경우 국가의 법적 신뢰에 대한 개별적 시민의 이익보다도 개별 시민의 법적 신뢰에 대한 공익을 더 높게 평가할 수 있는지 의문이다.

이 견해에 따르면 수사기관이나 수사법관이 법관유보의 규정을 의도적이든 과실이든 무시한 경우에는 범죄의 비중에 상관없이 증거사용금지가 인정되어야 한다. 위법한 기본권 제한명령의 결과로서 증거사용금지는 수사기관과 수사법관이 법관유보를 존중하도록 교육으로 해결하고 있다. 왜냐하면 수사기관이나 수사법관에게 법관유보에 대한 위반은 부적합한 결과와 결합될 수 있기 때문이다. 그러므로 이들에게 증거가능성이 인정되게 되면, 이들의 사실관계 규명의 직무가 상당히 어려워질 수 있다. 따라서 실무에서 법관유보의 유효성을 확보하기 위한 유일한 가능성은 증거사용금지를 인정하는 것이라고 한다.

심지어 수사기관이나 수사법관을 통해서 법관유보가 침해된 경우 형사절차상 기본권 제한으로 확보된 증거수단들은 증거로 사용될 수 없어야 한다. 위법한 형사절차상의 기본권 제한은 증거결과물로 제출할 수 없게 되는데, 이는 의도적이든 과실이든 법관유보의 무시는 결국 당사자에 유리한 양형으로 고려될 수밖에 없다. 이러한 방법에 의해서 법관유보는 기본권을 보호하기 위한 의미 있고 유효한 수단인 것이다.

제6절 | 전자영장제도

1. 전자영장제도의 등장 배경과 유형

일반적으로 영장의 청구와 발부는 서면으로 하고 이의 집행시 공개처분의 경우 처분당사자에게 영장을 제시해야 한다. 특히 영장의 청구와 발부시 서면을 요구하게 되면 지체의 위험이 있으므로 수사기관이 범죄의 증거를 확보할 수 없게 된다. 따라서 수사기관이 지체의 위험으로 인한 긴급 상황을 이용하게 되고 이는 곧 영장주의의

예외를 남발하는 계기가 된다. 그래서 이러한 상황을 보완하기 위해서 영장의 청구와 발부 그리고 집행 시 전자적으로 생성된 영장을 이용하게 되면 지체의 위험을 줄일 수 있다.[900] 이는 주로 미국에서 전자영장이 등장한 배경에서 기인된 것이다.[901]

독일의 경우 검찰이나 수사기관에게 지체의 위험을 이유로 한 강제처분이 광범위하게 인정되어 있으므로 미국과 같은 상황은 그리 많지 않다. 하지만, 앞서 검토한 바와 같이 수사기관이 지체의 위험을 악용하는 사례가 있기 때문에, 전자영장이 도입되면 악용사례는 줄어들 수 있다. 특히 검찰이나 검찰수사관이 법관에게 연락을 할 가능성이 없었다고 하는 지체의 위험을 인정할 수 있는 경우가 상당히 줄어들게 된다.

전자영장은 그 절차에 따라 세 가지 방식으로 분류할 수 있다. 첫째 영장의 발부만 전자적으로 하는 방식, 둘째, 영장의 청구와 발부를 모두 전자적으로 하는 방식, 셋째, 영장의 청구, 발부 및 집행을 모두 전자적으로 하는 방식이다.[902]

2. 영장 신청, 발부 및 집행 실무

앞서 살펴본 바와 같이[903] 수사절차에서 수사기관의 영장 신청과 수사법관의 영장 발부 그리고 검사의 영장 집행은 기본적으로 서면으로 한다. 하지만 기본권 제한 규정의 명령 요건에서 반드시 서면을 요구하지 않는 경우에는 서면이 아니어도 무방하다. 수사실무에서 검찰의 영장 청구시 이메일이나 팩스가 이미 사용되고 있다. 그리고 수사법관이 영장을 이메일로 발부하는 경우 첨부 파일에 법관의 서명날인이 있어야 한다. 검찰의 영장 집행시 공개처분의 경우, 기본적으로 영장이 제시되어야 하므로 종이영장이 필요하다. 하지만 반드시 영장의 원본을 제시할 필요는 없고 사본 제시도 가능하다.

비공개 처분인 경우 일반적으로 영장을 제시할 대상이 없으므로 법원의 명령이 구두로 전화 또는 팩스로 검찰에 통보되면 영장 집행이 가능하다. 하지만 처분의 상대방이 있는 비공개 처분이 있을 수 있는데 이들은 검찰이나 수사기관에게 법적으

900) 미국 전자영장제도의 경우 수사기관이 긴급상황을 이유로 영장주의의 예외를 남용하는 사례가 자주 발생에 함에 따라 이에 대한 보완책으로 등장하였다고 한다(이상원,"전자영장제도의 도입방안에 관한 연구", 법무부용역과제, 2012, 80면 참조.)

901) 이상원, "전자영장제도의 도입방안에 관한 연구", 2012법무부용역과제, 2012, 81면.

902) 이상원, "전자영장제도의 도입방안에 관한 연구", 2012법무부용역과제, 2012, 81면; 정성민, "형사 전자소송의 바람직한 발전방향", 사법정책연구원, 2020, 328면 참조.

903) Ⅴ. 4. 형사소송법상 법률유보 유형.

로 협력할 의무가 있는 자들이다. 예를 들어 전기통신감청, 온라인수색, 주거내 음성감청 등 비밀강제처분에서 협력의무가 있는 전기통신사업자들이 이에 해당한다. 이러한 비밀강제처분은 그 구성요건에서 대부분 서면을 요구하고 있다. 그런데 전기통신감청의 경우 전기통신감청법규명령(TKÜV)에서 특별한 규정을 두고 있는 것을 확인할 수 있다. 즉, 동 법규명령 제12조 제2항에 따르면 명령을 받은 의무자(일반적으로 전기통신사업자)는 처분의 요청자(검찰 또는 검찰수사관)로부터 안전한 전자적 방법이나 팩스로 명령의 복사본을 전달받게 되면 해당 처분을 해야 한다.

여기서의 안전한 전자적 방법이란 전기통신사업자가 협력의무를 이행하기 위해서 독자적으로 마련한 보안이 보장된 전자적 전달 방법을 말한다. 실무에서는 전기통신사업자는 이를 위한 전용 인터페이스를 갖추고 있다. 이러한 방식으로 검찰로부터 집행명령이 전달된 경우, 의무자는 명령과 거기에 속한 데이터가 자신의 책임영역에서 변경되지 않도록 해야 하고, 기술적 이행에 필요한 작업상의 조치가 자신의 직원의 협력 없이는 수행될 수 없도록 조치를 해야 한다. 팩스의 경우에는 안전성을 담보할 수 없으므로 팩스로 집행명령이 전달된 경우 일주일 이내에 명령의 원본 또는 사본이 일주일 이내에 제출되지 않으면 협력의무자는 수행된 감시처분을 즉시 중단해야 한다. 이처럼 전기통신감청의 경우에는 현재 영장 청구, 발부 및 집행에서 전자영장이 활용되고 있다. 이 외에도 통신사실확인자료 수집과 관련된 수사 등에서도 대부분 수사가 실제로 전자적으로 이루어지고 있다.[904]

이는 지체의 위험으로 검찰이나 수사기관이 직접 집행을 하는 경우에도 마찬가지다. 지체의 위험으로 집행 후 법원의 승인을 받는 경우에도 기본적으로 서면으로 신청해야 하지만, 팩스나 이메일로도 가능하다. 이와 같이 수사실무에서 이미 활성화되어 있는 전자영장은 아래에서 검토할 법률에서 법제화되었다.

3. 전자기록도입법률

가. 제정 배경

독일은 2017년 7월 5일 '사법 부문의 전자기록 도입 및 관련 전자적 법적교류 개선

904) BT-Drs. 18/9416, 32.

에 관한 법률'[905](이하 '전자기록도입법률')을 제정하여 일부 규정을 제외하고 2018년 1월 1일부터 발효되어 시행에 들어갔다.[906][907] 이 법률은 전체 형사절차, 즉 수사절차에서 형집행 절차에 이르는 전 과정에서 생성되는 모든 기록을 전자적으로 기록하고 보관하는 규정을 형사소송법에 도입함으로써[908] 형사절차의 전자소송을 목적으로 제정되었다.

독일 입법자는 형사전자소송의 필요성을 다음과 같이 설명하고 있다. 수사절차에서 기록의 양이 방대하여 이를 종이 형태로 정리하여 이용하기가 더 이상 어렵고, 통신수사와 관련한 기록들이 이미 실무에서 전자적으로 이루어지고 있고, 변호사 실무에서도 기록의 전자화가 이미 확산되어 있을 뿐 아니라, 법원과 검찰도 기록을 전자화하여 이를 보조적으로 이용하기 시작하였다.[909] 이러한 필요성에서 도입된 전자기록도입법률은 2005년 도입된 '사법의사소통법'에서 기인된다.[910]

나. 전자영장 관련 내용

전자기록도입 법률은 형사절차에서 전자기록작성과 통신에 관하여 형사소송법 제32조 내지 제32f조에서 규정하고 있다. 제32조는 전자기록 작성의무를 규정하고 있는데, 현재는 전자기록의 작성이 임의이지만, 2026.1.1. 부터는 전자기록은 의무적으로 작성해야 한다. 아울러 종이형태의 기록이 유지되어야 하는 경우 법규명령으로 정해야 한다. 제32a조는 절차관계인이 형사소추기관 및 법원에 전자문서를 제출할 수 있는 방법을 규정하고 있는데, 특히 동조 제4항에 전자문서의 안전한 전송방법을 규정하고 있다. 또한 제32b조는 형사소추기관과 법원 사이의 전자문서의 생성과 전송을 규정하고 있으며, 제32c조는 사법절차의 규격화를 위하여 사법절차에 전자적 양식

---

905) Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs.
906) BGBl. 2017 I 2208.
907) 이 법률에 대한 설명은 정성민,"형사 전자소송의 바람직한 발전방향", 사법정책연구원, 2020, 97-178면 참조.
908) BT-Drs. 18/9416, 42; BeckOK StPO/Valerius, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 32 Rn. 1.
909) BT-Drs. 18/9416, 42. 이 법률안에 대한 설명은 다음 참조 : Gerson, StraFo 2017, 402 ff.; Kassebohm, StraFo 2017, 393 ff.
910) 이 법률에 대한 소개는 정성민, "형사 전자소송의 바람직한 발전방향", 사법정책연구원, 2020, 90-96면 참조.

을 도입할 수 있는 근거 규정이다. 그리고 제32d조는 변호인과 변호사의 전자문서 제출의무를 규정하고 있으며, 이 규정은 2022.1.1.부터 시행되고 있다. 그리고 제32e조는 기록 작성의 형식에 맞지 않는 문서(초기문서)를 적합한 형식으로 전환하는 방법을 규정하고 있다. 끝으로 제32f조는 기록 열람의 허용 방식을 규정하고 있다.[911]

이 규정들 중 전자영장과 관련이 있는 핵심 규정은 제32b조이다. 물론 제32b조는 전자영장이란 법문언을 사용하고 있지는 않다. 그러나 전자문서의 개념이 전자영장에 포함될 수 있기 때문에 이 규정이 적용될 수 있다. 전자기록도입 법률은 전자문서의 개념을 정의하고 있지 않지만 이 법률의 입법이유에 따르면 전자문서란 서류 또는 유형적 문서를 대체하고 원칙적으로 유형적 형태로의 재생(예를 들어, 인쇄)에 적합한 전자적 정보(예를 들어, 문자·표·사진데이터)를 의미한다고[912]고 밝히고 있다. 이러한 개념정의에 의하면 영장청구서나 법관이 결정으로 발부한 영장이 전자적으로 작성된 경우 전자문서에 해당될 수 있다.

제32b조 제1항에 따르면 형사소추기관 또는 법원은 문서를 전자적으로 생성하는 경우, 모든 책임자의 성명을 그 문서에 기재해야 하고, 서면으로 작성하거나 서명하여야 하는 문서에는 모든 책임자의 인증된 전자서명이 있어야 한다. 이 조항은 형사소추기관의 영장 청구서 작성과 수사법관의 영장 결정문 작성에 그대로 적용될 수 있다. 동조 제3항에 따르면 기록을 전자적으로 작성하는 경우, 형사소추기관과 법원은 상호간의 문서 전송을 전자적으로 해야 한다. 따라서 영장의 신청과 발부도 전자적으로 해야 한다. 물론 영장이 반드시 전자문서로 전송되어야 하는 것은 아니다. 제3항은 전자문서 중 의무적으로 전송되어야 하는 문서로는 공소장, 공판 외에서의 약식명령 청구서, 항소장과 항소이유서, 상고장, 상고이유서와 답변서 및 전자문서로 생성된 법원의 재판서만을 언급하고 있다. 아울러 기술적인 이유로 전자적 전송이 일시적으로 불가능한 경우, 종이 형태로 제출할 수 있지만, 요청이 있으면 전자문서를 추가로 제출해야 한다.

또한 동조 제4항에 따르면 등본과 인증등본은 종이 형태 또는 전자문서로 발부할 수 있다. 수사절차상 공개처분에서 당사자에게 영장을 제시해야 하는 경우 종이 형태

911) SSW-StPO/Claus, Vorbemerkung vor §§ 32 ff. Rn.3.
912) BT-Drs. 18/9416, 45; KK-StPO/Graf StPO § 32a Rn. 6; SSW-StPO/Claus, § 32a Rn.4.

의 영장을 수사법관으로부터 받을 수 있다. 그리고 전자인증등본에는 인증 담당자의 인증된 전자서명이 있어야 한다. 인증된 전자서명이 있거나 안전한 전송 방법으로 제출된 전자문서로부터 출력된 종이 형태로 인증등본이 생성된 경우, 인증 표시에 전자문서의 진정성과 무결성에 대한 검사 결과가 포함되어야 한다. 전자인증등본은 전기통신감청과 같이 협력의무가 있는 전기통신사업자에게 제출할 수 있다.

마지막으로 동조 제5항에 따르면 연방정부는 전자문서의 생성 및 형사소추기관과 법원 사이의 전자문서 전송에 적용할 표준을 연방 상원의 동의를 얻어 법규 명령으로 정한다고 규정하고 있다. 이에 따라 '전자문서의 생성과 형사소추기관과 법원 사이에 전달을 위한 표준에 관한 법규명령'이 2020.3.6. 발효되었다.[913] 이 법규명령 제1조 제1항 제4호는 형사소송법 제163조 제2항 제1문[914]의 적용을 받는 수사기관(경찰관청 및 경찰공무원)을 적용대상에 포함시키고 있다. 또한 제163조 제2항 제1문에 따르면 수사기관은 수사내용을 지체 없이 검찰에 송부해야 한다.[915] 따라서 수사기관이 영장을 비롯한 강제처분을 검찰에서 요구하는 문서는 모두 전자적으로 검찰에 전송해야 한다.

4. 요약

결론적으로 전자기록도입 법률에 따라 2026년 1월 1일부터 형사소송법의 모든 기록이 전자적으로 작성되어 전송되어야 하므로 전자영장도 전자적으로 작성되어 전자적으로 청구, 발부 및 집행될 수 있게 된다. 그러므로 현재는 전자영장의 기록이 임의사항이지만 2026년 1월 1일부터 의무사항이 되는 것이다.

---

913) Verordnung über die Standards für die Erstellung elektronischer Dokumente und für deren Übermittlung zwischen Strafverfolgungsbehörden und Gerichten (Dokumentenerstellungs- und -übermittlungsverordnung – DokErstÜbV) vom 28.2.2020, BGBl. 2020 I 244.

914) 제163조 (수사절차에서 경찰의 임무) (1) 경찰관청과 경찰공무원은 범행을 조사하고 모든 신속한 명령을 하여 사건의 은폐를 방지해야 한다. 이 목적을 위하여 경찰관청과 경찰공무원은 다른 법률 규정이 특별히 그 권한을 규정하고 있지 않는 한 모든 관청에 정보제공을 요청하며, 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에도 정보제공을 요구하고, 모든 종류의 수사를 할 수 있다. (2) 경찰관청 및 경찰공무원은 수사내용을 지체 없이 검찰에게 송부해야 한다. 법관이 신속히 심리행위를 해야 할 필요가 있다고 보이는 경우, 그 송부를 직접 구법원으로 할 수 있다.

915) SSW-StPO/Claus, § 32a Rn. 10.

제7절 | 시사점

1. 이론적 측면 : 법관유보의 도그마틱 연구

법관유보와 관련하여 헌법과 형사소송법에 공통적으로 적용될 수 있는 도그마틱 연구가 폭넓게 연구되어 있다. 예를 들어, 법관유보의 의미와 목적, 수사법관 명령의 법적 성질, 형사소송에서 법관유보 규범화의 헌법적 요청, 수사절차에서 법관의 심사권의 범위, 지체의 위험을 이유로 한 예외권한의 적법성과 심사가능성 등은 앞으로 심도 있는 연구가 필요하다.

2. 정책적 측면

가. 수사절차에서 검찰과 경찰의 관계

형사소송법상 검찰은 수사절차의 주재자로서 경찰의 수사를 지휘하며 수사 종결권과 기소권을 가진다. 하지만 검찰은 수사절차의 주재자임에도 불구하고 수사 활동을 수행할 하부조직을 갖고 있지 않다. 따라서 검찰은 업무를 수행하기 위해서 경찰의 지원을 받는다. 이와 같이 법적으로 경찰은 검찰의 수사지시를 받지만 수사실무에서 경찰은 독자적으로 수사를 수행하고 있고 이에 대해 검찰에 통보하지 않아 검찰이 경찰의 수사 활동을 실제로 통제할 수 없는 상황이 되고 있다. 그리하여 주요범죄에 대해서만 검찰이 수사를 주도하고 있다. 이런 점에서 독일에서 중점검찰청이 설치된 배경을 이해할 수 있다.

하지만 실무에서 경찰이 경미범죄나 중간정도의 범죄 등 일상적인 범죄를 검찰의 관여 없이 수사를 하고 있다 하더라도 법적 판단은 여전히 검찰에 남아있다. 즉 수사의 목적은 국가의 형벌권을 실현하기 위해서 최종적으로 기소나 불기소를 결정하는 것이므로 이에 대한 법적 판단은 오직 검찰의 직무로 규정되어 있다. 또한 경찰이 수사를 종료하여 수사결과를 보고할 때에 경찰은 기소 또는 불기소 여부에 대한 의견을 제시하지 않는다. 그렇기 때문에 수사 자체가 목적이 될 수 없으므로 수사절차의 주재로서 검찰의 역할은 여전히 유효하다.

이러한 점에서 보면, 우리나라의 현재 검찰과 경찰의 수사권 조정과 비교해 보면 몇 가지 시사점이 발견된다. 우선 검찰의 직접 수사권이 6가지 주요범죄로 축소되었는데, 이것은 독일의 중점검찰청의 외양과 유사하다. 물론 우리도 현재 중점검찰청을 운영하고 있지만 앞으로 주요범죄의 수사를 더욱 전문화할 수 있는 계기가 될 수 있다. 그런데 검찰과 경찰의 관계에 대해서는 몇 가지 의문이 제기된다. 검경수사권 조정으로 이들의 관계는 종래의 상하관계에서 이제 기본적인 협력관계로 규범화되었다. 게다가 경찰은 수사 종결권까지 갖게 되었다. 그렇다면 검찰이 과연 경찰의 수사에 관여할 수 있는지, 어느 정도 관여할 수 있는지 문제 된다. 수사는 기소를 위한 수단이지 수사 자체가 목적이 될 수는 없다는 견해가 지지되는 한, 여전히 수사절차의 주재자는 검찰로 보아야 할 것이다. 따라서 검찰의 수사통제에 대한 연구가 필요할 것으로 생각된다.

나. 범죄 혐의 및 비중에 의한 다양한 (비밀)수사처분과 법관유보

수사절차에서 기본권 제한은 기본적으로 공개로 행해진다. 하지만 형사소송의 목적을 달성하기 위해서 당사자 몰래 비공개로 수행되는 경우가 있다. 특히 정보통신기술의 발전으로 비밀수사처분의 유형은 계속 늘어나고 있는 상황이다. 현재 우리나라의 형사소송법에 규정되어 있지 않는 독일의 다양한 비밀 수사처분으로는 데이터비교조사(제98a조), 암호통신감청(제100a조), 온라인 수색(제100b조), 주거내 음성감청(제100c조), 주거외 음성감청(제100f조), 주거외 촬영 또는 기술적 처분(제100h조), 가상기지국수사 및 비밀 SMS 수사(제100i조), 신분위장수사관(제110a조), 장기감시(제163f조) 등이 있다. 규범적으로는 비밀수사처분이 아니지만, 실무에서는 비밀수사처분으로 운영되고 있는 통신사실확인자료수집(제100g조)에서 통신기지국수사나 이용대기상태의 휴대전화위치정보수집 등도 여기에 해당된다.

독일 형사소송법은 기본적으로 초기혐의, 충분한 혐의, 급박한 혐의의 세 가지 범죄혐의를 인정하고 있다. 그런데 대부분 비밀수사처분들은 이러한 혐의 대신에 '특정된 사실'이 범죄의 혐의를 뒷받침하는 경우라는 표현을 사용하고 있다. 그리고 연방헌법재판소에 따르면 "특정한 사실을 통해서 뒷받침되는 혐의는, 형사소송법의 다른 규범이 규정하고 있는 충분한 또는 급박한 혐의의 정도에는 미치지 않지만 단순한 초기혐

의보다는 더 높다"고 한다. 이것은 단순한 혐의만으로는 비밀수사처분을 허용할 수 없다는 입법자의 결단으로 보인다. 그리고 일반적으로 범죄는 그 비중에 따라서 4단계로 나눈다. 단순범죄, 중간범죄, 중한범죄, 특별히 중한 범죄이다. 또한 독일 형사소송법은 비밀수사처분의 대상이 되는 범죄를 '중요한 의미가 있는 범죄', 중한 범죄, 특별히 중한 범죄로 구분하여 규정하고 있다.

한편, 비밀수사처분은 거의 대부분 보충성 조항을 두고 있다. 보충성 조항은 그 정도에 따라서 다음 네 가지로 구분하고 있다. 즉 필요한 경우, 성공할 가망이 적거나 어려운 경우, 성공할 가망이 현저히 적거나 어려운 경우, 가망이 없거나 본질적으로 어려운 경우 등이다. 이에 대하여 독일 형사소송법은 기본권 제한의 정도가 심한 비밀수사처분의 경우 사생활의 핵심영역의 보호를 규정하고 있다. 예를 들면, 전기통신감청(제100a조), 온라인수색(제100b조), 주거내 음성감청(제100c조)이 그것이다.

이와 같이 세세한 구성요건을 가진 비밀수사처분은 수사법관의 영장심사나 수사기관의 수사 활동에 명확한 기준을 제시함으로써 자의적인 해석을 방지하는 역할을 하고 있다.

다. 기본권 침해의 정도에 따른 법관유보의 구분

독일 형사소송법은 수사법관의 독자적 명령권과 수사법관이 기본적으로 사전 명령권을 갖지만 지체의 위험을 이유로 수사기관에게 허용되는 기본권 제한 권한을 구분하여 규정하고 있다. 그러나 기본권 침해의 정도가 가장 심한 온라인 수색 (형사소송법 제100b조, 제100e조 제2항)이나 주거내 음성감청 (형사소송법 제100c조, 형사소송법 제100e조 제2항)의 경우에는 법관만이 명령권한을 가지며, 지체의 위험이 있는 경우에도 검찰에게 명령권한을 부여하지 않는다. 또한 전기통심감청이나 암호통신감청의 경우에 법관이 명령권을 갖지만, 지체의 위험이 있는 경우에 예외적으로 검찰도 명령권을 가진다. 하지만 검찰수사관의 경우, 신청권은 물론 예외적인 긴급권도 갖지 않는다. 이는 과거의 통신사실확인자료 수집의 경우에도 마찬가지다. 이 점은 사법경찰관도 긴급한 사유로 과거의 통신사실확인자료의 제공을 요청할 수 있는 우리나라의 경우와 다르다. 따라서 우리 형사소송법이 알지 못하는 위에서 언급한 다양한 비밀수사처분은 앞으로 우리의 입법에 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

라. 지체의 위험에 대한 법원의 심사 가능성

지체의 위험이 있는 경우 수사기관이 내린 명령에 대하여 법원이 통제할 수 있는지에 대하여 연방헌법재판소는 가능하다고 보고 있다. 즉 수사법관은 수사기관의 명령 시점에 지체의 위험이 실제로 존재하였는지 포괄적으로 심사할 수 있는 것이다. 지체의 위험을 이와 같이 엄격하게 해석하는 것은 수사기관의 비밀수사처분의 남용을 통제하기 위한 것으로 적합하다고 판단된다.

마. 비밀수사처분으로 인한 기본권 제한에 대한 권리구제

형사소송법은 제101조 제7항 제2문에서 비밀수사처분에 대한 권리구제를 규정하고 있다. 이 조항은 종료되지 않은 처분에도 적용될 수 있는지 견해가 대립되고 있으나 당사자가 사전에 그 처분을 알게 되었거나 추측한 경우 권리구제가 가능하다고 보고 있다. 예를 들어, 자신에 대한 통신감청이 진행 중인 사실을 우연히 알게 된 경우 이의 적법성에 대하여 법원의 판단을 신청할 수 있다.

바. 법관유보의 개선방안으로서 법관대기근무제와 증거사용금지

독일의 법관유보제도의 문제점을 개선하기 위한 다양한 방안이 제시되고 있다. 지금까지 제시된 방안 중 실효성이 있는 개선방안으로 법관대기근무제의 확대와 증거사용금지가 언급되고 있다. 근무일의 업무시간에는 일반적으로 형사부 법관이 수사법관의 직무를 수행한다. 이것은 우리의 영장전담판사제도와 거의 유사하다. 그러나 근무일의 업무 시간 이후 (주로 야간), 주말 또는 휴일에도 예를 들어 비밀수사처분이 필요한 경우 법관의 명령이 필요하게 된다. 이러한 시간대에 법관에게 연락이 닿지 않게 되면, 수사의 속성상 수사기관이 지체의 위험을 이유로 예외권한을 남용할 가능성이 높다.

이에 연방헌법재판소도 지체의 위험을 이유로 수사기관의 예외권한의 남용을 막기 위해서 판례를 통하여 법관대기근무제의 제도적 보완을 제시하고 법원이 이를 이행하도록 권고하고 있다. 따라서 법원은 근무일의 업무 시간 이후, 주말 또는 휴일에도

수사법관의 직무를 제공하는 법원의 긴급서비스인 법관대기근무제를 도입하고 있다.

한편, 법관대기근무제에 대응하여 검찰청에 검찰대기근무제도 존재한다. 다만, 독일의 경우 수사절차 외에도 위험방지를 위한 경찰의 활동과 관련하여 주경찰법이나 연방경찰법에서 법원의 영장을 요건으로 하는 예방조치가 광범위하게 규정되어 있어 이 경우에는 검찰과 관련이 없다. 이유는 독일 형사소송법상 비밀수사처분에 대응하는 규정들이 대부분 경찰법에 포함되어 있기 때문이다. 반면, 우리나라의 경우, 경찰관 직무집행법에는 이와 같은 예방조치가 거의 규정되어 있지 않는 점과 대조적이다.

아울러 현재 수사법관의 부실한 심사로 인하여 수사기관이 수집하게 된 증거는 법정에서 유죄의 증거로 사용할 수 없도록 해야 한다는 견해가 유력한 지지를 받고 있다. 따라서 증거사용금지는 특히 지체의 위험을 이유로 한 수사기관의 비밀수사처분에서 중요한 역할을 할 수 있을 것으로 보인다.

사. 전자영장제도의 시사점 도출

수사절차에서 수사기관의 영장 신청과 수사법관의 영장 발부 그리고 검사의 영장 집행은 기본적으로 서면으로 한다. 하지만 기본권 제한 규정의 명령 요건에서 반드시 서면을 요구하지 않는 경우에는 서면이 아니어도 무방하다. 수사실무에서 검찰의 영장 청구시 이메일이나 팩스가 이미 사용되고 있는 점을 보면 알 수 있다. 그리고 수사법관은 이메일 첨부 파일에 법관의 서명날인이 있는 영장을 발부하고 있다. 검찰의 영장 집행시 공개처분의 경우 기본적으로 영장이 제시되어야 하므로 종이영장이 필요하지만 반드시 영장의 원본을 제시할 필요가 없고 사본 제시도 가능하다. 또한 비공개 처분의 경우 일반적으로 영장을 제시할 대상이 없으므로 법원의 명령이 구두나 전화 또는 팩스로 검찰에 통보되면 영장 집행이 가능하다. 나아가 독일에서는 전기통신감청의 경우에는 현재 영장 청구와, 발부 및 집행에서 전자영장이 활용되고 있다.

무엇보다 전자영장제도의 가장 큰 장점이나 매력은 법집행 공무원들이 영장을 발부받기 위해서 굳이 판사나 검사에게 안가도 된다는 점이다. 가지 않는다는 의미는 수사할 시간을 최대한 아낄 수 있고, 증거를 신속히 수집 및 보관하여 형사사건을 처리하는데 도움이 된다는 것이다. 더구나 영장의 청구와 발부, 그리고 집행의 경우

형사사법기관과 법원 사이의 이동과 기관 내부의 결제절차는 물론 서면 작성과 기록 조제를 단 한 번에 해결할 수 있으므로 절차의 간소화와 신속성의 두 마리 토끼를 잡을 수 있는 이점이 있다. 이는 영장발부 대기 시간을 줄이는 것은 물론이거니와 인권보호를 위하여 바람직하다. 더불어 전자영장제도는 수사기관이 현장에서 수집한 증거(영상이나 음성 등)을 실시간으로 전송하여 판사에게 전달함으로서 증거의 오염이나 조작 등을 배제하여 판사로 하여금 더욱 정확하고 신뢰할 수 있게 된다. 아울러 수사기관에게 즉각적인 영장발부로 인하여 현행 제도가 가지고 있는 영장제도의 위헌적인 요소를 상당 부분 해소할 수 있게 된다.

이처럼 실무에서 전자영장이 광범위하게 이용되고 있으며, 이제는 전자영장이 규범화되어 '사법 부문의 전자기록 도입 및 관련 전자적 법적교류 개선에 관한 법률'의 제정으로 전자영장제도가 2018년 1월 1일부터 사실상 도입되었다. 이 법률은 전체 형사절차, 즉 수사절차에서 '형집행절차'에 이르는 전 과정에서 생성되는 모든 기록을 전자적으로 작성하고 전송하며 보관하는 규정을 형사소송법에 도입함으로써 형사절차의 전자소송을 목적으로 제정되었다.

이 법률에 따르면 2026년 1월 1일부터 형사소송법의 모든 기록이 전자적으로 작성되어 전송되어야 한다. 이제 영장도 전자적으로 작성되어 전자적으로 청구, 발부 및 집행될 수 있게 되었다. 이 법률은 전자영장제도를 도입하기 위해서 제정된 것이 아니지만 법률의 부수적인 효과로서 전자영장제도가 결과적으로 도입된 것으로 볼 수 있는데, 현재는 전자영장의 기록이 임의사항이지만 2026년 1월 1일부터는 의무사항이 된다.

3. 수사 실무적 관점에서의 문제점과 개선방안 제시

가. 논의의 전제

이상 독일의 실무를 살펴보았다. 이를 바탕으로 한국의 수사 실무적 관점에서의 문제점과 개선방안을 제시해 보면, 최근 IT 기술의 급속한 발달과 더불어 사람들의 생활패턴이 변화하고 있으며, 이에 따라 수사 환경 또한 급격한 변화를 맞이하고 있다. 종래에는 수사의 단서가 되는 주요 증거자료들이 피의자, 참고인 등의 주거지,

사무실 등에 물건 또는 출력물의 형태로 보관되어 있었던 것에 반해, 이제 대부분의 증거자료들은 디지털화 되어 각종 IT 기기 등에 전자정보의 형태로 저장되어 있다.

또한, 종래에는 범죄혐의와 관련된 증거자료 등을 피의자가 배타적으로 보관·지배하고 있었던 것에 반해, 최근에는 이동통신사, 정보통신서비스제공자(이하 'ISP'라고 함)[916] 등이 오히려 피의자조차 인지하지 못하고 있는 범죄혐의와 관련된 막대한 분량의 증거자료 등을 보관하고 있다. 이에, ISP 등으로부터 위와 같은 증거자료를 적법하게 확보하는 것이 대물적 강제수사의 주요 과제가 되고 있다.

특히, 최근에는 '5G 기술 및 클라우딩 환경의 보급'과 'IT기기의 암호보안 기술의 발전'에 따라 수사기관은 대물적 강제수사에 있어 새로운 난관에 직면하고 있는 실정이다. '5G 기술 및 클라우딩 환경의 보급'은 일상에서 생성되는 모든 자료들을 PC, 휴대전화 등의 IT기기가 아닌 제3의 장소인 '클라우딩 서버'에 저장되게 만들었고(피의자의 PC나 휴대전화 등 IT기기는 정보저장매체가 아닌 클라우딩 서버와 피의자를 연결해주는 매개체 역할만을 하게 되었고) 이로 인하여 주로 AWS 등 해외에 있는 클라우딩 서버에 저장된 증거자료를 어떻게 적법하게 확보할 것인가에 대한 난관에 봉착하고 있다.

한편, 'IT기기의 암호보안 기술의 발전'은 압수·수색으로 피의자의 IT기기를 확보하더라도 암호 해제가 불가능한 경우 어떠한 증거자료에도 접근할 수 없는 상황에 직면하게 하고, 피의자의 협조 없이는 대물적 강제수사 역시 실익이 없게 되는 상황이다.

위와 같이 급변하는 사회 환경에 반해, 헌법상 영장주의를 입법화한 형사소송법은 시대 환경 변화를 반영하지 못한 괴리[917]로 인하여 최근 수사 실무에서 여러 가지 문제점들이 발생하고 있다. 이는 실무적으로 논의되고 있는바, 아래에서는 대표적으로 문제되고 있는 쟁점들에 대하여 살펴보고 개선방안을 검토하고자 한다.

---

916) ISP : Internet Service Provider / 개인이나 기업체에게 인터넷 접속 서비스, 웹사이트 구축 및 웹호스팅 구축 등을 제공하는 회사를 말한다. 대표적으로 네이버, 카카오 등 포털사이트, 메신저 서비스를 제공하는 업체를 들 수 있다.

917) 특히, 법 입법 당시에는 피의자가 아닌 ISP 등 정보보관 업체가 혐의사실과 관련된 정보를 수집하여 보관하고 있는 상황을 예상할 수 없었기 때문에 ISP 등 정보보관 업체에 대한 압수수색영장 집행시 이와 같은 괴리 현상이 극대화되어 나타나고 있다.

나. 정보영장의 일원화 및 집행 절차의 재정비 필요성

(1) 문제점

종래 대부분의 대물적 강제수사가 형사소송법에 근거한 압수수색영장에 의하여 이루어진데 반해, 현재에는 실무적으로 압수수색영장(일반), 압수수색영장(금융계좌추적용), 압수수색영장(전기통신), 통신사실확인자료제공요청허가서 등 법원의 허가를 받아 대물적 강제수사를 진행하고 있다. 그런데, 위 각각의 법원 허가를 받는 근거법률, 대상, 요건, 절차 등이 일원화되어 있지 않고 합리적 이유 없이 차이가 있는 경우가 있어 최근 실무에서 혼선이 발생하는 경우가 있다.

압수수색영장(일반)은 '형사소송법'에 근거하여 일반적 대물 영장의 성격을 나타내고 있으며, 압수수색영장(금융계좌추적용)은 "금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률"에 근거하여 금융거래정보를 확인하는데 사용되며, 압수수색영장(전기통신)은 '통신비밀보호법'에 근거하여 송·수신이 완료된 전기통신 정보에 대하여 확인하는데 사용되며, 통신사실확인자료제공요청허가서는 '통신비밀보호법'에 근거하여 통신사실확인자료[918]를 확인하는 경우 사용된다.

그런데, 실무적으로 위 각각의 압수수색영장 등의 대상과 관련하여 혼선을 빚는 경우가 종종 있는데, 예를 들면, 1) 특정 네이버 계정의 실제 사용자를 특정하기 위하여 영장을 신청할 경우, 해당 계정의 가입자 정보(이름, 회원가입시 입력한 이메일정보, 휴대전화 번호, 본인인증정보 등), 접속로그기록(접속 IP 등), 네이버페이 등 결제정보, 상품 배송지 정보, 이메일 내용 등을 확인하게 된다. 그런데, 이 경우 위 압수할 대상들을 통합하여 하나의 압수수색영장(일반)으로 신청 가능한지, 아니면 가입자

---

918) 통신비밀보호법 제2조 제11호 '통신사실확인자료'라 함은 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 전기통신사실에 관한 자료를 말한다.
가. 가입자의 전기통신일시
나. 전기통신개시·종료시간
다. 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호
라. 사용도수
마. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료
바. 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료
사. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료

정보는 압수수색영장(일반), 접속로그기록은 통신사실확인자료제공요청허가서, 네이버페이 등 결제정보는 압수수색영장(금융계좌추적용), 이메일 내용은 압수수색영장(전기통신)으로 분리하여 각각 신청하여야 할 것인지 일관된 기준이 없다.

실제 위와 같은 경우 실무적으로 하나의 압수수색영장(일반) 신청서에 의하여 신청하는 경우도 많으며 이 경우 어떤 검사 또는 판사에 따라서 발부되거나 기각되는 등 그 결과도 일관되지 않은 상황에 부딪힌다. 또한, 2) 금융거래정보와 관련하여서도, 특정 신용카드의 가입자 정보, 사용내역, 대출내역 등이 금융거래정보에 해당하여 압수수색영장(금융계좌추적용)에 의하여야 하는지에 대하여도 마찬가지로 혼선이 일고 있으며, 인터넷뱅킹 사용자의 접속 아이디, 접속 로그기록(IP 등), MAC Address[919]를 확인할 경우에도 압수수색영장(일반)으로 할 것인지, 압수수색영장(금융계좌추적용)으로 할 것인지, 통신사실확인자료제공요청허가서로 할 것인지가 모호하다. 이상과 같이 영장 신청시 발부/기각 여부도 제각각인 실정이다. 특히, 3) 최근에는 네이버페이, 카카오페이, 토스 등 핀테크(FinTech)[920] 업체들의 서비스를 이용하는 경우가 빈번해지고 있는데, 위와 같은 핀테크 업체들을 상대로 압수수색영장(일반)으로 할 것인지, 압수수색영장(금융계좌추적용)으로 할 것인지, 통신사실확인자료제공요청 허가서로 할 것인지가 모호하며 일관적인 기준도 없는 실정이다.

또한, 통신비밀보호법은 "관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받을 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 통신사실확인자료제공을 요청한 후 지체 없이 그 허가를 받아 전기통신사업자에게 송부하여야 한다"고 규정(제13조 제3항)하여 '긴급통신사실확인자료제공요청' 제도를 두고 있는데 반하여, 형사소송법은 위와 같은 '긴급압수수색' 제도가 불비하여 실무적인 한계가 발생하는 경우가 종종 있다. 예를 들면, 아동 납치 사건 또는 주요 인사 테러 예고 사건, 자살 암시 사건 등 피해자의 생명·신체에 대한 급박한 위협이 있어 당장 피의자를 추적할 단서를 확인해야 하는 사건의 경우 통신비밀보호법상 '통신사실확인자료'에 대하여만 긴급통신사실확인자료제공 요청을 통하여 확인할 수 있고 그 외 정보에 대하여는 긴급 절차에 따라 신속하게 확인할 방법이

919) 컴퓨터에 있는 네트워크 장비인 '랜카드'의 고유번호(고유값)로서, 이를 통해 해당 이용자의 또 다른 ISP 이용내역 등을 특정할 수 있다.

920) 'FinTech'란 'Finance(금융)'와 Technology(기술)'의 합성어이며, 금융과 IT이 융합된 금융서비스를 통칭한다.

없다는 한계점이 발생한다.[921)]

실제 테러 예고 사건 등 수사 시에 성명불상의 피의자가 사용한 네이버 계정, 카카오톡 계정 등에 대하여 긴급통신사실확인자료제공 요청을 하였으나, 해당 계정의 로그자료(접속일시, 접속 IP)만 확인할 수 있었을 뿐, 가입자 정보(이름, 회원가입시 입력한 생년월일, 이메일정보, 휴대전화 번호, 본인인증정보 등) 등 실제 피의자를 신속히 특정할 수 있는 정보 등은 ISP가 압수수색영장을 요구하며 회신을 거부하여 수사에 장애가 발생한 사례도 있었다.

한편, (앞서 언급하였던 문제와 중첩되는 부분이 있으나,) 통신사실확인자료의 경우, 통신비밀보호법에 의한 통신사실확인자료제공요청 허가서에 의하여만 확보할 수 있는지, 형사소송법에 의한 압수수색영장에 의해서도 확보할 수 있는 것인지, 통신사실확인자료에 해당하는 정보를 통신사실확인자료제공요청 허가서가 아닌 압수수색영장으로 확보한 경우 위법한 절차에 의해 수집된 증거로서 증거능력이 없는 것인지에 대한 명확한 기준이 없다.

형사소송법과 달리 통신비밀보호법에서는 통신사실확인자료제공에 대한 사후적 통제 제도(법 제13조 제5항, 제6항, 제7항, 제8항, 제15조)와 당사자에 대한 통지 제도(법 제13조의3), 비밀준수의무(법 제13조의5) 등을 규정하고 있어 통신사실확인자료제공요청 허가서에 의할 경우 이와 같은 제한을 받는다. 반면, 압수수색영장에 의할 경우에는 위와 같은 제한을 받지 않는 원본집행과 압수목록 교부, 참여권 보장 등의 절차가 이루어져야 하는데, 과연 통신사실확인자료에 해당하는 정보와 해당하지 않는 정보에 따라 발생하는 근거법률과 절차, 요건 등의 차이가 해당 정보의 성질, 보호가치의 차이에 따른 합리적인 이유와 고민에 따른 것인지 의문을 던져본다.

---

921) 현재 납치, 테러 등 급박한 형사 사건의 경우 예외 없이 경찰이 수사를 담당하고 있는데, 현재 경찰에 압수수색영장 청구권이 없어 검찰에 압수수색영장을 신청하고 있는데, 실무적으로는 압수수색영장신청서를 작성하여 관할 지방검찰청 영장계에 압수수색영장신청서를 접수하면 통상 검찰에서는 그날 접수된 압수수색영장신청서를 모두 취합하여 그날 오후 늦게 법원에 청구하게 되며, 법원 단계에서는 빨라야 그 다음날 판사의 심사를 거쳐 영장이 발부되며, 발부된 영장은 다시 지방검찰청에 접수되어 검사의 집행지휘 도장을 날인한 이후 빨라야 저녁 무렵 경찰에 발부 여부에 대한 회신이 도달하게 되며, 경찰에서 압수수색영장 발부 소식을 통지받고 그 즉시 지방검찰청을 방문하여 압수수색영장을 전달받더라도 이미 일과 이후 시간이 되어 금융기관, 포탈업체 등 정보보관 업체의 담당자들이 퇴근한 상황이므로, 압수수색영장을 집행하여 정보를 확인하는 방식으로는 아무리 빨라도 2~3일의 기간이 소요된다.

한편, 우리나라의 경우 수집 대상 정보는 통신비밀보호법상 '통신사실확인자료' 가운데 '착·발신 통신번호와 같은 상대방의 가입자번호'가 이에 해당하는 정보로 볼 수 있다. 그러므로 통신비밀보호법상 실시간 통신 정보에 대한 것은 누락되어 있는 상황에서 수사와 관련되거나 그 대상 정보가 '현재 수사 중인 형사사건과 관련성이 있다'는 사실을 수사기관이 증명하면 증명력이 있다고 보아 현행 통신비밀보호법을 이와 같은 취지로 개정할 필요가 있다. 왜냐하면 추적 장치로 수집되는 결과물은 통신의 내용이나 민감한 개인정보가 아니고 단순한 발신 및 착신 내역이므로 특별히 법적 보호가치가 크지 않을 수 있기 때문이다.

(2) 개선방안

종래 형사소송법의 입법 당시에는 피의자가 배타적으로 보관·지배하고 있는 유체물에 대한 압수수색 등을 상정하고 그에 따른 절차 등에 대한 규정을 두었기 때문에, 현재 수사실무에서 대부분 이루어지고 있는 통신사, 금융기관, 포털사이트 등 ISP 등 정보보관 업체로부터 해당 업체가 보관하고 있는 피의자와 관련된 정보를 제공받는 방식의 압수수색에 그대로 적용하기에는 상당한 괴리가 있다. 전자의 경우 압수수색영장 집행이라는 피의자의 의사에 반하는 물리적 강제수사로부터 피의자의 인권과 방어권을 보장하는데 주안점이 있는 반면, 후자의 경우 압수수색영장 집행이라는 강제수사의 형태를 갖추고는 있지만 실제로는 정보보관 업체의 협조를 전제로 피의자를 배제하고 피의자와 관련된 정보를 제공하고 제공받는데 있어 법적 정당성을 부여하는데 주안점이 있다.

종래 압수수색영장 집행 시 반드시 압수수색영장 원본을 제시하고 압수수색 종료 즉시 압수물 목록을 교부하도록 되어 있고, 수사기관은 권리를 행사하는 데에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 압수물 목록의 작성 및 교부를 실시해야 한다. 즉 피의자의 방어권 행사를 위한 보장 차원에서 이루어져야 할 필요가 있다. 그러나 통신사, 금융기관, ISP 등 정보보관 업체로부터 압수수색영장을 집행하여 피의자와 관련된 정보를 제공받고 압수목록을 교부한다고 하여 ISP 등 정보보관 업체가 수사기관을 상대로 준항고를 한다거나 또는 피의자의 방어권이 보장되는 것도 아니므로 그 의미와 중요성이 다르다고 보아야 한다.

한편, 형사소송법 입법 이후 통신사, 금융기관, ISP 등 정보보관 업체가 보관 중인 정보 중 금융거래정보나 통신사실확인자료에 해당하는 경우, “금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률”, “통신비밀보호법” 등에서 그 요건, 절차를 따로 규정하고 있으나, 앞서 본바와 마찬가지로 실무적으로는 그 구분이 모호하여 오히려 혼선이 빚어지고 있으며, 정보의 차이에 따른 근거법률과 절차, 요건 등의 차이가 해당 정보의 성질과 보호가치의 차이에 따른 합리적인 이유와 고민에 따른 것인지 의문을 제시할 수밖에 없다.

따라서 종래 피의자가 배타적으로 보관·지배하고 있는 유체물이 아닌 통신사, 금융기관, ISP 등 정보보관 업체가 보관 중인 정보와 관련된 압수수색영장(이른바 ‘정보영장’)을 일원화하고, 해당 정보의 성질과 보호가치를 카테고리화 하여 해당 정보의 등급에 따라 압수수색영장 요건과 집행 절차를 재정비하고 입법화하여야 한다. 이와 같은 과정에서 영장 원본 집행과 같은 현실적으로 실현 불가능한 문제를 해결하고, ‘긴급압수수색’ 규정을 신설하여 납치, 테러 등 생명·신체에 대한 긴급하고도 급박한 위험이 있어 사전에 영장을 받을 시간적 여유가 없는 등 긴급한 사유가 있는 때에는 사후적으로 영장을 받도록 하여 현실적 필요성을 반영하여야 한다. 또한, 통신비밀보호법에서와 같은 사후 통제·감시 제도를 강화할 필요성이 있으며, 당사자에 대한 통지 제도를 ‘정보영장’ 일반에 확대하여 피의자의 방어권 보장과의 균형을 실질적으로 꾀하여야 한다. 이와 동시에 ‘정보영장’ 집행으로 취득한 정보의 사용 범위, 사용 기간에 대한 제한 규정과 정보의 폐기[922] 규정을 신설하여 수사기관에 의한 오남용을 견제하여야 할 것이다.

다. 압수수색 영장 사본 집행의 문제와 전자영장제도 도입 필요성

(1) 문제점

최근 대법원(2017. 9. 7. 선고 2015도10648, 2019. 3. 14.선고 2018도2841 등)은

922) 특히, 영장으로 취득한 정보의 ‘폐기’와 관련하여 현행 형사소송법 등에 명확한 규정이 없어, 현재 수사기관이 수사과정에서 영장집행으로 취득한 금융거래정보, 통신사실확인자료 등을 수사종료 이후에도 빅데이터화하여 수사에 활용하려는 시도가 명확한 법적 근거 없이 시도되고 있어 정보의 ‘폐기’에 대하여도 명확히 규정할 필요성이 있다.

"수사기관이 금융기관 및 이메일 업체에 대하여 압수수색영장을 집행할 때에는 헌법 제12조, 형사소송법 제219조, 제118조 등에 따라 영장의 원본이 제시되어야 한다."는 등의 이유로 "수사기관이 금융기관 및 이메일 업체에 대한 압수수색영장을 집행하면서 모사전송 방식에 의하여 영장 사본을 전송한 사실은 있으나 영장 원본을 제시하지 않았고 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 이를 피압수·수색 당사자에게 교부하였다고 볼 수도 없는 방법으로 압수된 금융거래 자료와 이메일 자료는 헌법과 형사소송법 제219조 등이 정한 절차를 위반하여 수집한 위법수집증거로 유죄의 증거로 삼을 수 없다"고 판시하였다. 또한, 압수수색영장 집행시 반드시 영장의 원본이 제시되어야 하고, 영장을 모사전송하거나 스캔하여 이메일로 전송하는 방식 등의 사본 집행의 경우 위법한 집행으로서 이를 통해 확보한 금융자료, 이메일 자료 등을 위법수집증거로 보아 증거능력을 부정하고 있다.

이는 형사소송법 제118조('압수수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다') 등 규정에 대한 엄격한 해석을 견지한 결과이며, 실제로 정보 보관자에 대한 원본 제시 또는 압수목록 교부 등을 통하여 얻을 수 있는 피의자 권리 보호 등의 실익은 없다고 보인다.

실무적으로는 이미 오래 전부터 관행적으로 포털사이트 등 ISP, 금융기관에 대한 압수수색영장을 팩스 전송 또는 이메일 전송의 방식으로 집행하여 그에 부합하는 자료를 회신 받아 왔으며, 단순히 수사기관의 편의에 의한 관행을 넘어 지리적, 물리적 한계로 인하여 원본 집행이 현실적으로는 실현 불가능한 방식이었기 때문에, 20여 년간 수많은 형사사건이 처리되는 과정에서 포털사이트 등 ISP, 금융기관 등이 직접적인 피의자가 아닌 사건에서 실제로 원본 집행이 이루어진 경우가 오히려 극히 이례적이라고 할 수 있다.[923]

이와 같이 원본 집행이 현실적으로는 실현 불가능하다는 인식에 누구나 공감하기 때문에 위 대법원 판례가 나온 이후에도 여전히 실무적으로는 금융기관, 포털사이트 등 정보보관 업체에 기존과 마찬가지로 팩스 전송, 이메일 전송 등의 방식으로 압수수

923) 최근 비대면으로 발생한 형사사건이 대다수를 차지하고 있는데, 비대면으로 발생한 형사사건의 경우, 성명불상인 피의자의 인적사항을 특정하는 과정에서만 4~10여 차례에 걸쳐 압수수색영장을 집행하여야 하며, ISP, 금융기관 등의 숫자가 예전과 달리 폭증하여 한 개의 압수수색영장을 집행하여야 할 업체만 30~80여개가 넘는 경우가 다반사이기 때문에 현실적으로 각 업체들을 방문하여 압수수색영장을 원본 집행한다는 것은 실현 불가능한 목표라고 판단된다.

색영장을 집행하고 있으며, 일부 중요 사건 또는 핵심적인 증거자료를 확보하는 경우 또는 까다로운 변호사가 선임되어 쟁점화 하는 것이 예상되는 경우 등에 오히려 선별적으로 원본 집행을 하고 있다.

한편, 최근에는 국내 이용자들이 유튜브, 구글 등 해외 ISP의 메일 서비스, AWS 등 해외 클라우드 서비스 등을 이용하는 경우가 다반사이어서, 구글, 아마존 등 해외 업체에 국제공조요청을 통해 자료를 확인하기 위해서는 국내 압수수색영장을 스캔하여 이메일로 해당 해외 업체에 발송하여야 하는 방법 외에는 없는 것이 현재의 상황이다. 그런데도, 현재 법원의 태도와 같이 압수수색영장의 원본집행 원칙을 고수한다면 국제공조요청[924]을 통해 해외 업체로부터 확보한 증거자료는 모두 위법한 압수 절차를 통해 수집한 증거로서 증거능력이 없다고 보아야 하는 문제점이 발생한다.

(2) 개선방안

앞서 검토한 바와 같이, 종래 압수수색영장 집행은 피의자의 의사에 반하는 물리적 강제수사로부터 피의자의 인권과 방어권을 보장하는데 주안점이 있었던 반면, 이른바 '정보영장'의 경우 압수수색영장 집행이라는 강제수사의 형태를 갖추고는 있지만 실제로는 정보보관 업체의 협조를 전제로 피의자를 배제하고 피의자와 관련된 정보를 제공하고 제공받는데 있어 법적 정당성을 부여하는데 주안점이 있다.

이 때문에, 압수수색영장 원본의 제시를 반드시 요구할 실익이 없으며, ISP 등 정보보관 업체를 상대로 영장 원본을 제시하고 피의자와 관련된 정보를 제공받고 압수목록을 교부한다고 하여 정보보관 업체가 수사기관을 상대로 준항고를 하는 기회를 보장받는다거나 또는 피의자의 방어권이 보장되는 것도 아니다. 따라서, '정보영장'의 경우 팩스 전송 또는 이메일 전송 등 사본으로 집행할 수 있도록 시급히 법제화할 필요성이 있다.

한편, '정보영장'에 있어서는 위와 같은 사본 집행에 나아가 궁극적으로 '전자영장 제도'를 도입할 필요성이 있다. 현재 경찰에 압수수색영장 청구권이 없어 검찰에 압수수색영장을 신청하고 있는데, 실무적으로는 압수수색영장신청서를 작성하여 관할 지

---

924) 사이버범죄에 대한 국제형사공조요청에 대한 실효성에 대해서는 윤해성/라광현, "유럽평의회 사이버범죄방지협약 가입의 효과 및 문제점에 대한 실증적 연구", 법무부용역과제, 2019, 28면 이하.

방검찰청 영장계에 압수수색영장신청서를 접수하면 통상 검찰에서는 그날 접수된 압수수색영장신청서를 모두 취합하여 그날 오후 늦게 법원에 청구하게 되며, 법원 단계에서는 빨라야 그 다음날 판사의 심사를 거쳐 영장이 발부되며, 발부된 영장은 다시 지방검찰청에 접수되어 검사의 집행지휘 도장을 날인한 이후 저녁 무렵에서나 경찰에 발부 여부에 대한 회신이 도달하게 된다.

이후, 경찰에서 압수수색영장 발부 소식을 통지받고 그 즉시 지방검찰청을 방문하여 압수수색영장을 수령하더라도 이미 일과 이후 시간이 되어 금융기관, 포탈업체 등 정보보관 업체의 담당자들이 퇴근한 상황이 되어 그 다음날 집행이 이루어지게 된다. 이러한 상황에 의하여, 압수수색영장을 집행하여 정보를 확인하는 방식으로는 아무리 빨라도 2~3일의 기간이 소요된다는 감안해 볼 때, '정보영장'의 신청-청구-발부-집행-회신으로 이어지는 일련의 과정이 전자적 방식으로 이루어지는 '전자영장제도'를 도입하여 현재와 같이 합리적 이유 없이 불필요한 시간과 노력이 소요되는 것을 개선할 필요가 있다.

또한, 최근에는 인터넷 등을 통하여 비대면으로 발생한 형사사건이 급증하고 있고, 특히 보이스피싱, 인터넷 물품사기 등 불특정 다수의 피해자를 상대로 한 범죄가 빈발하고 있는데, 이와 같이 하나의 범죄 조직의 동일한 범행에 의하여 불특정 다수의 피해자들이 발생하는 경우, 다수의 피해자들이 자신의 피해 사례를 각각 신고하여 실제로는 전국적으로 수많은 수사기관에서 동일한 금융계좌, 카카오 계정, 휴대전화 번호 등에 대하여 각각 압수수색영장을 개별적으로 신청하고 전국 법원에서도 동일한 계좌, 계정, 휴대전화 번호에 대하여 압수수색영장을 발부하고 있다.

이로 인하여 금융기관, 통신사, ISP 등 정보보관 업체에서는 반복하여 동일한 내용의 정보를 수사기관의 압수수색영장 집행이 있을 때마다 매번 반복적으로 불필요하게 확인시켜주어야 하는 등 비효율적 사법체계가 운영되고 있는 것이다. 이와 같은 문제 또한'전자영장제도'를 도입하여 특정 계좌, 특정 계정, 휴대전화 번호에 대한 영장 발부 내역을 조회할 수 있도록 한다면 동일한 내용의 압수수색영장을 중복하여 발부하고 집행하는 비효율적인 현실을 개선할 수 있을 것으로 기대된다.

라. 압수수색 영장 위탁 집행의 문제 (긴급 자료보존 요청, ISP 업자 등의 비밀준수 의무 부과)

(1) 문제점

형사소송법은 압수수색영장의 집행 주체로 '검사'와 '사법경찰관'을 규정하고 있다. 따라서, 이른바 '정보영장'의 경우에도 사법경찰관이 영장을 집행하여 정보보관 업체가 보관하고 있는 정보를 수색하여 영장에 기재된 압수할 물건에 해당하는 범위의 정보를 특정하여 압수하는 것이 원칙일 것이다. 그런데, 실질적으로는 현재 사법경찰관이 압수수색영장을 발부받아 금융기관, 통신사, ISP 등 정보보관 업체에 팩스 전송 등의 방식으로 압수수색영장을 전달하면 해당 금융기관, 통신사, ISP 등 정보보관 업체가 자체적으로 자신들이 보관 중인 정보들 중에서 해당 압수수색영장의 범위에 해당하는 정보들을 선별하여 회신하여 주고 있으며, 사법경찰관은 전적으로 이들이 회신하여 주는 자료를 신뢰하고 수사에 활용하고 있는 실정이다. 이를 엄밀히 이야기하면, 사법경찰관이 압수수색영장의 집행을 해당 정보보관 업체에 전적으로 위탁하고 있는 것인데, 이와 같은 압수수색영장의 위탁 집행이 법률적으로 근거가 있는 것인지가 문제의 소지가 있다.[925]

또한, 실무적으로는 위와 같은 정보보관 업체의 협조를 전제로 한 압수수색영장의 위탁 집행의 과정에서, 압수수색의 범위 즉, 영장의 '압수할 물건' 문언 등의 해석에 있어 사법경찰관의 의견과 정보보관 업체의 내부 해석 지침이 상이할 경우 마찰이 발생하고 있으며 수사상 상당한 장애가 발생하기도 한다. 예를 들어, 카카오에서는 대상자의 카카오톡 대화내용을 3일 분량을 보관하고 있으므로, 압수할 물건에 '영장집행일 기준 3일전부터의 대상자의 대화내용'이라고 기재하여 압수수색영장을 발부받아 집행하고 있는데, 카카오에서는 대상자가 상대방에게 발신한 내용만 회신하여 주고, 상대방이 대상자에게 발신한 내용은 마스킹 처리하여 회신하여 준 사례가 있다.

통상 대상자가 상대방에게 발신한 내용뿐만 아니라, 그에 대하여 상대방이 대상자에게 발신한 내용까지 종합하여야 그 대화내용의 정확한 의미를 확인할 수 있는 경우

925) 또한, 위와 같은 과정을 해당 정보보관 업체의 자발적 협조에 따른 정보의 임의제출로 선해한다고 하더라도 과연 정보보관 업체가 별도의 정보주체인 피의자에 관한 자료를 임의제출 할 권한이 있는지가 문제될 것이다.

가 대부분이므로 사법경찰관은 상대방이 대상자에게 발신한 내용까지 포함하여 '대화내용'이라는 문언을 기재하였으나, 카카오는 사법경찰관의 생각과는 다르게 '대상자의 대화내용'이라는 기재를 '대상자의 발신내용'으로 제한하여 해석하고 있는 것이다.

카카오 측의 경우, 수사기관과 영장 기재 문언에 대한 의견의 차이가 발생하여 다툼이 발생하더라도 해당 대화내용들 백업하는 등의 조치를 취하지 않으며, 3일이 지나가면 해당 대화내용들이 모두 사라져 다시 압수영장을 발부받아 집행하더라도 해당 대화내용들을 확인할 수 없다는 문제가 발생한다.

최근 인터넷 사용이 생활화되고 언택트가 트렌드화 되어 각종 인터넷 커뮤니티 사이트, 인터넷 언론매체, 가상화폐 거래소, VPN업체, 별정통신사 등 각종 통신사, ISP 등이 난립하고 있는데, 이들 ISP 등에 압수수색영장을 팩스 전송하는 등의 방식으로 집행을 위탁하는 경우, 이들 ISP 등에 의해 압수수색영장에 기재되어 있는 수사정보가 피의자에게 유출되는 경우뿐만 아니라, 사회적 이목이 집중된 사건의 경우 이들에 의해 특정 언론사 기자에게 압수수색영장에 기재되어 있는 수사정보가 그대로 전달되어 특정 언론사에 의한 단독 보도로 수사상황이 그대로 노출되는 등의 문제가 반복적으로 발생하고 있다.

이와 관련하여, 통신비밀보호법 제11조(비밀준수의 의무) 제2항에서는 "통신제한조치에 관여한 통신기관의 직원 또는 그 직에 이었던 자는 통신제한조치에 관한 사항을 외부에 공개하거나 누설하여서는 아니된다"고 규정하고 있고, 같은법 제13조의5에서 이를 통신사실확인자료 제공에 준용하여 통신사실확인자료 제공에 관여한 통신기관의 직원에게도 비밀 준수 의무를 부과하고 있는데 반해, 형사소송법에는 압수수색영장 집행에 관여한 ISP 등의 직원에게 어떠한 비밀 준수 의무를 규정하고 있지 않고 있어 이로 인한 입법의 불비가 문제점으로 제기되고 있는 상황이다.

(2) 개선방안

이른바 '정보영장'의 집행 현실을 법률에 반영하여 위와 같은 위탁 집행의 방식을 법제화할 필요가 있으며, 이와 더불어 ISP 등 정보보관 업체에 비밀준수 의무를 부과하는 조항을 신설하거나 통신기관의 직원에게 비밀준수 의무를 부과하고 있는 비밀보호법 제11조를 준용하는 규정을 신설할 필요가 있다.

한편, 정보보관 업체와의 위탁 집행 과정에서 '압수할 물건' 기재 문언의 해석 등 압수 범위에 대한 이견이 발생하는 경우 핵심 증거자료들이 보관기간 경과 등으로 삭제되는 경우가 발생하고 있는데, 이와 같이 ISP 등이 압수수색영장 기재 문언에 대한 해석에 있어 수사기관과의 이견으로 인하여 회신을 거절할 경우에는 임시조치로서 5일~10일간 해당 자료를 반드시 백업하여 보관하도록 하여 추가적인 압수수색영장 발부 등 사법부의 판단을 받도록 할 필요성이 있다. 이견이 있을 경우, 그와 같은 사유를 적시하여 추가적으로 법원에 압수수색영장을 신청할 경우, 법원에서 수사기관의 문언 해석이 타당하다고 판단한다면 추가 압수수색영장을 발부할 것이며, 이와 같은 법원의 판단에 따라 추가 압수수색영장 집행 시까지는 임시조치로서 해당 자료를 백업하여 보관하도록 ISP 등에 보존의무를 부과할 필요가 있다.[926]

이에 덧붙여, 정보보관 업체에서는 법령 또는 내부지침에 따라 자료를 보관하는 기간이 한정되어 있어 특정 기간이 도과하면 자동으로 자료가 폐기되어 해당 정보의 확보가 더 이상 불가능하게 되는 경우가 발생하는데, 자료의 보존기한이 임박하여 법원의 영장을 받을 시간적 여유가 없는 긴급한 사정이 있는 경우, ISP 등에 해당 자료의 보존을 요청하면 물리적으로 법원의 영장을 받을 수 있는 시점(통상 2~3일)까지 해당 자료의 보존 의무를 부과하는 '긴급 자료보존 요청' 제도를 도입할 필요가 있다.[927]

---

926) 윤해성/라광현, 유럽평의회 사이버범죄방지협약 가입의 효과 및 문제점에 대한 실증적 연구, 법무부 용역, 2019, 97면.

927) 현재 네이버, 카카오 등 ISP 업체에서는 수사의 중요 증거자료의 보존을 요청하더라도 법률에 근거가 없음을 이유로 거절하여 해당 자료가 자동으로 폐기되도록 방치하는 경우가 생긴다.

제 6 장

헌법과 법정책적 관점에서의 기본권침해 및 인권과의 조화

윤해성·이권일

제6장

헌법과 법정책적 관점에서의 기본권침해 및 인권과의 조화

제1절 | 개관

현행 헌법은 5차 개헌 규정과 유사하게 규정되어 있다. 헌법 제12조 제3항 제1문은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다."라고 명시하고 있고, 헌법 제16조 제2문은 "주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다."라고 하여 신체에 대한 형사절차와 주거에 대한 형사절차에 대한 영장주의를 규정하고 있다. 또한 헌법은 직접적으로 사후영장의 허용 범위, 즉 "현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때"(제12조 제3항 제2문)에는 사후에 영장을 청구할 수 있도록 명시하고 있다. 이 조항들은 헌법상 적법절차원칙과 영장주의, 또는 영장제도에 관해 규정하고 있으나 여기에서는 영장주의에 대해서만 논의하도록 한다.

영장주의는 형사절차에 있어서 국가(공권력)의 기본권 제한으로부터 기본권 주체를 보호하기 위한 중요한 제도로 기능한다. 즉 헌법에 의해 영장의 사후청구가 허용된 경우가 아니면, 체포·구속·압수 또는 수색과 같은 기본권 제한적 행위(조치)를 정당화하기 위해 원칙적으로 검사에게 영장신청권한을, 법관에게 영장발부권한을 부여하고 있는 것이다.[928] 제헌헌법에 영장주의를 규정한 이후, 결국 영장주의에 대한 논의는 수사의 편의 또는 필요성과 국민의 기본권 제한 간의 형량을 통해 기본권 제한의

928) 헌법은 비상계엄상황과 같은 예외적인 상황에서 영장제도에 대한 특별한 조치를 할 수 있도록 규정하고 있다(헌법 제77조 제3항).

한계선을 찾아가는 과정이라고 할 수 있겠다. 이러한 영장주의에 대한 변천과정을 통해 역사적으로는 양자 간의 절충 또는 이익형량에서 기본권 보장에 대한 중요성이 강화됨에 따라 영장주의가 강화되는 추세임을 알 수 있다.

이에 우리 헌법은 제12조에 신체의 자유를 규정하면서 신체자유의 제한의 한계에 대해 자세하게 규정하고 있다. 특히 형사사건의 경우 최소한 헌법 제12조에 규정된 적법절차원칙과 영장주의에 따라 개인의 자유가 보호·제한될 수 있음을 천명하고 있다. 이런 의미에서 형사소송법은 헌법 제12조의 구체화법이라는 말이 납득될 수 있을 것이다. 즉 공익에 해당하는 실체적 진실의 발견, 이를 위해 공권력에 의한 강제수사가 인정되는 범위와 이를 통해 침해되는 개인의 신체, 또는 사생활 보호 등의 기본권의 형량을 통해 헌법적으로 정당화되는, 즉 과잉금지원칙과 법률유보원칙 등에 반하지 않는 영장주의원칙을 발달시켜 왔다. 지금까지는 영장주의를 통해 수사효율성과 개인의 기본권 보장의 실체적 조화라는 이념을 효과적으로 달성해 왔다고 평가할 수 있을 것이다. 따라서 오늘날 우리 사회에서 영장주의, 또는 영장제도에 관한 새로운 논의를 하는 것이 불필요하다고 생각할 수 있다.

그러나 ICT 기술이 급속하게 발달함에 따라 헌법적 또는 법철학 내지 법사회학적으로 전통적인 기본권은 물론 새로운 기본권을 어떻게 보호할 것인가가 문제가 되고 있다. 왜냐하면 기술의 발달로 공권력에 의한 기본권의 제한이 쉬워지고, 그 방법도 다양해지기 때문이다. 이는 다시 말하면 실체적 진실의 발견을 목적으로 새로운 기술적 수사방법이 쉽고 간단하게 사용될 수 있다는 것을 의미한다. 실체적 진실의 발견이라는 측면에서는 이는 긍정적이지만, 개인의 기본권 보장이라는 측면에서는 매우 위험한 침해일 수 있기 때문이다. 따라서 수사효율성과 개인의 기본권 보호라는 양 측면을 새로운 기술환경에서 어떻게 조화롭게 해석할 것인지, 즉 수사를 위한 기본권 제한의 한계를 어떻게 새롭게 정할 것인지가 문제가 될 수 있다. 이러한 현상은 기술이 발달함에 따라 더욱 심화될 것은 자명하기 때문이다. 이미 GPS를 통한 추적, 위치정보의 수집을 이용한 수사 또는 휴대전화(스마트폰)의 내용을 검색하는 것을 어떻게 볼 것인지, 이러한 수사기법에 영장이 필요한지가 여러 나라에서 논의되고 있다.

또한 수사기관의 측면에서는 전자영장의 발부와 같은 새로운 기술을 통한 영장제도의 개선 등도 같이 논의되고 있다. 특히, 우리나라의 경우 영장제도와 관련한 논의는

보통 영장청구와 발부 주체와 관련한 국가기관 간의 권한문제와 연결되는 경우가 많다. 특히 검찰의 영장청구에 대한 독점적 권한에 관한 문제, 법관만이 영장을 발부할 수 있는지에 대한 문제 등이 늘 거론되어 왔던 것이 사실이다.

이에 새로운 기술의 발달에 따른 사회의 변화와 국민의 인식의 변화, 그리고 새로운 기술의 적용으로 나타나는 여러 장단점들이 고려되어야 하겠지만, 무엇보다 중요한 것은 영장주의를 헌법으로 보장하고 있는 본질에 대한 헌법적 논의가 필요할 것이다. 왜냐하면 영장주의는 결국 국민의 기본권을 제한하는 공권력의 행사를 어떻게 정당화시킬 수 있는지의 문제이기 때문이고, 기술의 발달에 따라 국민의 기본권이 어떻게, 어느 정도로 제한되고 있는지, 실체적 진실의 발견이라는 수사를 위해 국민의 기본권은 어느 정도까지 양보되어야 하는지의 문제이기 때문이다.

1. 헌법상 영장주의 본질의 재음미

가. 영장주의의 본질

영장주의 규정에 대해 그 본질이 무엇인가에 대하여 논의가 있다. 먼저 영미에서 발달한 영장주의 발생과 발전에 비추어, 우리나라에서의 영장주의 도입과 헌법에서의 개정과정에 비추어 일반적으로 인정할 수 있는 본질적 요소는 중립적이고 독립적인 기관에 의해 영장이 필요한가 여부에 대해 판단 받을 수 있는 국민의 권리 보장, 정당한 이유에 의해 영장에 발부될 수 있는 실질적 판단기준(적법절차), 그리고 일반영장에 대한 금지 정도가 되겠다. 이를 통해 자의적인 수사기관의 강제절차로부터 국민의 기본권을 보호하고자 하는 영장주의의 목적이 달성될 수 있을 것이다.

하지만 영장청구의 주체와 영장심사의 주체와 관련하여 이 규정이 영장주의의 본질인가에 대해 여러 논의가 있고, 또한 최근에 논의가 되고 있는 E-영장 등과 관련하여 영장주의의 본질이 영장의 제시에 있는가 하는 문제에 대해서도 논의가 필요하다. 특히 앞의 주제는 개헌논의와 맞물려서 여러 견해들이 대립하고 있으며, 후자의 경우 IT기술의 발달과 함께 논의가 시급히 필요한 주제이다.

나. 영장신청권자 관련 재논의

먼저 영장청구의 주체에 대해 살펴보면, 우리 현행 헌법은 영장주의 규정에서 "검사의 신청에 의하여"라고 규정하여 영장의 신청권자를 검사로 한정하고 있다. 이에 대해 영장 신청권자를 규정하는 것이, 또는 검사의 독점적 영장신청권이 영장주의의 핵심적 내용을 이루는 본질인지에 대해 견해의 대립이 있다. 긍정하는 측에서는 영장신청권자에 대한 규정은 절차적 구조에서 나타나는 필연적인 결과로 단순히 입법에 의해 결정될 수 있는 사항이 아니라 영장주의의 본질에 해당한다고 본다.[929] 이에 긍정하는 논리로 과거 수사기관에 의한 인권유린의 역사에 대한 반발로서 국민의 (헌법적) 결단이라는 견해를 주장하기도 한다.[930]

반대로 부정하는 측에서는 영장의 청구주체가 중요하고 본질적인 것이 아니라, 누가 청구하든 독립된 제3자인 사법기관의 판단에 의해 영장이 발부되어야 한다는 점에 영장제도의 본질이 있다고 이해한다. 즉 영장의 신청권자에 대한 규정은 영장주의의 본질에 관한 사항이 아니라 법률로서 정할 수 있는 것이고, 다른 나라의 예에서도 이러한 규정을 찾아보기 어렵다고 주장한다.[931] 그리고 영장신청권자가 검사라는 것이 영장주의의 본질이 되면, 영장발부를 위해서는 반드시 검사의 청구가 있어야 하는 것이 되고, 검사의 청구 없이 법관이 금고나 징역과 같은 형벌(헌법 제12조의 구속에 해당되는)을 내리게 되면 헌법상 영장주의에 대한 위반이 되므로, 이는 헌법 제103조

---

929) 방희선, "검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(하)", 법조 제62권 제2호, 법조협회, 2013, 45면, 51면; 이경렬, "강제처분에 관한 검사의 영장청구권 규정의 함의", 형사법의 신동향 제56호, 2017, 17면; 김상겸, "검사의 영장청구에 관한 헌법적 연구", 형사법의 신동향 제57호, 2017, 39면.

930) 안미영, "우리 헌법상 검사의 영장신청권 조항의 의의", 형사법의 신동향 제24호, 2010, 33~34면; 이효원, "대한민국 헌법과 검찰·검사 -인신구속제도의 헌법적 원리를 중심으로-", 형사법의 신동향 통권 제17호, 2008, 49면; 이완규, "헌법상 영장주의 규정의 체계와 적용범위", 형사판례연구 제25권, 2017, 545~547면; 정웅석, "헌법상 검사의 영장청구의 의미와 가치에 관한 연구", 형사소송 이론과 실무 제9권 제2호, 2017, 5면; 문재완, "우리 헌법상 영장조항과 영장청구주체에 관한 연구", 세계헌법연구, 제19권 제1호, 2013, 85면.

931) 천진호, "영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토", 법학논고, 제26집, 2007, 343면; 도중진/정영훈, "검사의 영장청구권에 관한 소고", 아주법학 제11권 제4호, 2018, 345면; 강태수, "의회민주주의와 헌법개정", 공법연구 제42집 제1호, 2013, 133면; 성문규, "헌법상 영장신청권과 인권과의 무관계성에 대한 고찰", 저스티스 통권 제162권, 2017, 10면김선택, "국회입법권 회복과 형사사법제도 정상화를 위한 영장청구 검사독점 헌법조항 폐지론", 고려법학 제86권, 2017, 219면김선택, "영장청구주체 헌법규정의 해석론 및 개정론", 공법연구 제38집 제2호, 2009, 272면; 김종현, "영장신청권자 규정에 관한 헌법적 연구 – 영장주의의 본질 및 영장제도의 연혁을 중심으로-", 법조 제68권 제4호(통권 제736호), 2019, 172~174면.

에 위배된다고 해석하는 견해도 있다.[932]

위에서 살펴본 바와 같이 우리나라에서는 미군정시대부터 군정법령 제176호에 의해 근대적 영장주의가 도입이 되었지만, 이령에서는 영장신청권자에 대한 규정이 없었다. 다만 군정법령 제180호에 사법경찰관 등이 검찰관에게 영장을 청구하면 검찰관이 재판소에 신청하는 것으로 규정함으로서 검찰관이 영장신청의 주체로 규정되어 있었다. 또한 우리 제헌헌법에서는 영장신청권자에 대해 규정하지 않고 있었으며, 제5차 개정헌법에서야 검찰관을 영장신청권자로 명시적 규정을 두게 된 것이다. 이후, 이 규정에 대한 특별한 개정은 없었으나, 유신헌법에서 검사의 신청에서 요구로, 제8차 개정에서 요구에서 다시 신청으로 수정되었으며, 현행 헌법도 이와 같이 규정하고 있는 것이다. 우리 헌법재판소의 경우, "제5차 개정헌법이 영장의 발부에 관하여 '검찰관의 신청'이라는 요건을 규정한 취지는 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다"고 하였다.[933]

헌법재판소는 "영장주의는 인신의 자유를 제한하는 강제수사의 경우 사법권 독립에 의하여 신분이 보장되는 법관의 사전적·사법적 억제[934]를 통해 수사기관의 강제처분 남용을 방지하고 국민의 기본권을 보장하는 것을 그 본질로 한다. 즉 영장주의의 본질은 강제수사의 요부 판단권한을 수사의 당사자가 아닌 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관에게 유보하는 것으로서, 법치국가의 사법질서 확립을 위해서는 수사절차에서의 사법통제가 반드시 필요한 것임을 선언한 것이다."[935]라고 하여 영장주의의 본질을 설명하면서도 영장신청권자에 대하여는 언급하고 있지 않다. 다만, "검사의 신청절차 없이 법원이 직권으로 영장을 발부하는 것이 헌법 제12조 제3항의 영장주의에 반하지 아니한다"고 판시하여 검사의 신청과 법관의 발부가 본질이 아니라, 중립적인 법관에 의한 영장발부가 본질임을 밝힌 바 있다.[936]

---

932) 김해원, "헌법상 적법절차원칙과 영장주의 – 문재인 정권의 공법적 과제와 관련하여 -", 공법학연구 제18권 제3호, 2017, 70면 각주 40.

933) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등

934) 영장주의를 '사법적 억제'로 표현하는 입장은 이루 헤아릴 수 없다. 다만, 平野박사는 탄핵적 수사관이라는 관점에서 영장주의를 사법적 억제로 해석하는 것을 부정한다. 野野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、一九五八) 八四頁.

935) 헌재 2012. 6. 27, 2011헌가36

936) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등("헌법 제12조 제3항이 영장의 발부에 관하여 "검사의 신청"에

다만, 우리 헌법에서 검사의 신청이라는 규정이 존재함을 부정할 수는 없을 것이고, 현행 헌법에서도 이 규정이 유효함을 존중할 필요는 있으나, 검사의 독점적 신청권이 영장주의의 본질이라고 말하기에는 성급한 면이 있다. 중요한 것은 영장주의의 궁극적 목적을 늘 고려해야 한다는 점이다. 영장주의는 결국 수사기관의 강제처분으로부터 국민의 기본권을 보호하기 위한 것으로 영장신청권을 검사에게 주는 것이 국민의 기본권 보장에 더욱 기여할 수 있을 것인가가 중요한 판단기준이 되어야 하는 것이다. 다시 말해서, 검사 아닌 다른 수사기관 등이 영장을 신청하게 되면 국민의 기본권이 침해받을 위험성이 높아지는지를 판단하는 것이 중요하다. 물론 우리나라는 일제 강점기부터 경찰(헌병)에 의한 인권유린의 역사가 길어 수사기관(경찰)에 대한 불신이 깊고, 해방 후에도 국민의 인식이 개선될 기회가 없었음은 역사적으로 인정되는 바이나, 현재도 이러한 인식이 여전히 존재하는지에 대해서는 여전히 의문이다. 오히려 검찰의 독점적 영장청구권으로 기본권이 침해당하는 사건이 발생함에 따라 이러한 주장은 점점 그 설득력을 잃어가고 있는 추세이다.

요컨대, 영장신청권자는 영장주의의 중요한 부분이 될 수는 있겠으나, 각국의 역사적, 사회적 배경 등에 의해 그 규정의 필요성이 인정될 수는 있으며, 이것이 영장제도를 지탱하는 핵심적 본질이라고 보는 것은 무리가 있고, 누가 영장신청권자가 될 수 있을 것인가는 유동적이라 할 것이기 때문이다.

다. 영장발부권자 관련 재논의

영장신청권자에 관한 논의와 함께, 그만큼 뜨겁게 논의되지는 않지만 영장발부권자에 대한 논의도 제기되어 왔었다. 영미의 영장주의 전통에 의하면, 영장주의에서 가장 중요한 본질은 독립된 제3의 기관에 의하여 영장이 심사되고 발부되어야 한다는 것이

의할 것을 규정한 취지는 모든 영장의 발부에 검사의 신청이 필요하다는 데에 있는 것이 아니라 수사단계에서 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정함으로써 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있으므로, 공판단계에서 법원이 직권에 의하여 구속영장을 발부할 수 있음을 규정한 형사소송법 제70조 제1항 및 제73조 제1항 중 "피고인을 …… 구인 또는 구금함에는 구속영장을 발부하여야 한다." 부분은 헌법 제12조 제3항에 위반되지 아니한다."고 하면서 "법원이 직권으로 발부하는 영장과 수사기관의 청구에 의하여 발부하는 구속영장의 법적 성격은 갖지 않다. 즉, 전자는 명령장으로서의 성질을 갖지만 후자는 허가장으로서의 성질을 갖는 것으로 이해되고 있다."고 판시하였다.)

다. 따라서 영장발부권자에 대한 것은 영장주의의 본질이라는 점에는 이견이 없다. 다만, 우리의 경우 헌법에서 '법관이 발부한'이라고 규정함에 따라 법관에게 독점적 영장발부권이 주어져 있다는 것이다. 위에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소도 "영장주의의 본질을 '강제수사의 요부 판단권한을 수사의 당사자가 아닌 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관에게 유보하는 것'이라고 파악"하고 수사절차에서 사법통제가 필요하다는 것을 인정하고 있다.

문제는 독립된 제3의 기관이 반드시 '법관'이어야 하는가 하는 점이다. 왜냐하면, 우리의 영장주의 도입 모델인 미국이나 다른 나라에서는 영장의 심사와 발부를 사법관리(judicial officer 혹은 legal authority)나 치안판사(magistrate judge 나 commissioner)가 담당하도록 하고 있는데, 이러한 심사자가 법관이 아닌 경우도 많기 때문이다.[937] 일단 미국에서 영장주의를 규정하고 있는 수정헌법 제4조에는 영장발부권자에 관해 규정하고 있지 않기 때문에 중립적이고 독립된(neutral and detached) 지위에 있는 자, 즉 수사당국과 이해관계가 없는 자가 영장발부권자가 될 수 있다고 해석될 수 있다.[938] 이러한 배경에서, 미국에서는 법관이 아닌 자, 즉 치안판사, 지방법원 서기(municipal court clerk), 심지어 법률가가 아닌 일반인(Justice of the Peace)의 경우에도 영장발부권자가 될 수 있다.[939]

이런 측면에서는 엄격한 요건을 갖춘 영장전담판사제도를 두고 있는 우리나라의 경우 더 엄격한 영장제도를 채택하고 있다고 볼 수 있으므로, 국민의 기본권 보장에 더 유리하다고 볼 여지도 있겠으나, 영장발부법관의 수가 제한되다 보니 영장발부에 걸리는 시간이 너무 오래 걸린다는 단점이 있다. 외국의 경우 체포 후에 6-24시간, 또는 길어도 48시간 이내에 영장발부가 결정되지만 우리의 경우 사실상 48시간이 넘는 경우가 많다는 점에서 이러한 제도가 과연 기본권 보장에 더 유리한지 생각해 볼 여지는 있다고 볼 것이다.

요컨대, 영장발부주체와 관련된 영장주의의 본질은 독립된 제3의 기관에 의해 영장

---

937) 하태훈/이근우, "영장제도의 현황 및 개선방안 연구", 국가인권위원회 연구용역보고서, 2013, 11면.

938) 황정인, "영장주의의 본질과 영장제도 - 체포제도를 중심으로-", 형사정책연구 제21권 제2호, 2010, 209면.

939) Rolando V. del Carmen/김한균 역, "미국의 인신구속제도", 형사정책연구 제16권 제4호, 2005, 24~27면.

발부가 심사되고 결정되어야 한다는 점이고, 이를 누구로 할 것인지는 본질이라기 보다는 그 나라의 법률적 배경에 따라 선택될 수 있는 부분이라고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 무조건 법관에 의해 영장이 발부되어야 한다는 점이 영장주의의 본질이라고 고수하기 보다는 탄력적이고 유연하게 해석될 여지가 있다고 보여진다. 이는 영장의 신속한 심사를 위해 우리도 다른 제도를 도입할 여지가 있는 것으로 해석될 수 있다는 것이다.

그러나 우리 헌법상 영장제도는 제12조 제3항에 의해 검사의 신청에 의하여 법관이 발부할 것을 규정하고 있으므로, 영장주의의 본질과 상관없이 헌법규정에 따라 검사의 신청과 법관의 발부가 필요한 것은 변함이 없다. 만약 이를 변경하고자 한다면 헌법 개정으로 가능할 것이다. 다만 이 조항을 해석함에 있어서 '적법한 절차에 따라' 영장이 신청되고 발부되어야 한다는 점에 더욱 주목하여야 한다. 우리 헌법재판소는 적법절차원칙과 영장주의와의 관계를 일반조항과 특별규정으로[940], 영장주의를 적법절차원리에서 도출되는 원리로 이해하고 있으므로[941] 검사의 영장신청은 물론 법관의 영장발부 행위도 적법한 절차에 따르지 않았다면 잘못된 것이 되고, 적법한 절차를 따르기 어려운 특단의 사정이 있는 경우 검사의 영장신청권한과 법관의 영장발부권한이 후퇴할 수 있다고 해석하는 것이 더 설득력이 있다고 보아야 한다.[942]

이는 곧 법관이 독립적인 제3자로서의 지위를 확보할 수 없게 되는 경우 법관에 의한 영장발부가 적용되지 않을 수도 있다는 것을 시사한다. 즉 영장을 심사하여 발부할 시간적 여유가 없는 급박한 상황의 경우(예를 들어 행정상 즉시강제 등의

---

940) "따라서 헌법 제12조 제1항은 적법절차원칙의 일반조항이고, 제12조 제3항의 적법절차원칙은 기본권 제한 정도가 가장 심한 형사상 강제처분의 영역에서 기본권을 더욱 강하게 보장하려는 의지를 담아 중복 규정된 것이라고 해석함이 상당하다. 이와 같이 본다면, 이 사건 법률조항은 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙의 특별규정인 헌법 제12조 제3항의 영장주의원칙에 위배되고, 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙에도 위배된다."(헌재 2012. 6. 27. 2011헌가36)

941) "헌법 제12조 제1항은 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다."라고 규정함으로써, 국가가 신체의 자유를 침해하거나 제한하는 경우에는 적법절차의 원칙에 따라야 함을 선언하고 있다. 나아가 헌법 제12조 제3항은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다."라고 규정함으로써 영장주의를 천명하고 있는 바, 영장주의란 위 적법절차원칙에서 도출되는 원리로서,..."(헌재 2012. 5. 31. 2010헌마672)

942) 김해원, "헌법상 적법절차원칙과 영장주의 – 문재인 정권의 공법적 과제와 관련하여 –", 공법학연구 제18권 제3호, 2017, 70면.

경우) 법관이 발부한 영장을 기대하는 것은 사실상 불가능한 것이므로- 이는 이미 불가능한 것을 가능하게 하라고 하는 것에 지나지 않게 되므로- 영장주의를 기대하는 것은 어렵다.[943] 다만 이러한 사정은 극히 예외적인 경우에 적용되도록 입법을 통해 적법절차를 형성함에 있어 더욱 구체적이고 세밀한 절차규정을 마련할 필요가 있는 것이다.

라. 영장의 형식과 제시 관련 재논의

우리 헌법은 검사의 신청과 법관의 발부 외에 영장의 제시를 규정하고 있다. 이 또한 영장주의의 본질을 이룬다고 볼 수 있을 것이다. 적법한 절차에 의한 영장의 제시가 중요한 이유는, 결국 영장주의의 목적이 수사기관에 의한 강제수사로 인해 제한되는 국민의 기본권의 보호에 있다면 실제로 가장 중요한 것은 영장의 심사절차에 참여할 수 있는 권리와 함께, 발부된 영장으로부터 최소한의 방어기회를 제공받을 수 있는 정보를 획득하는 것에 있다고 할 것이다. 즉 국민이 체포 · 구속 · 압수 또는 수색을 당할 때, 무슨 이유에 의해 이러한 강제처분을 당하는지에 대해서 고지를 받아야 방어기회를 얻을 수 있기 때문이다.

이는 적법한 절차보장(특히 절차적 적법절차)에서 중요하게 생각되는 요소이다. 즉 절차가 어떠해야 적법하다고 인정할 수 있을 것인가의 문제인데 이는 결국 영장이 발부되는 상황에서 어떤 형식의 절차적 보호조치가 마련되어 있는지의 문제로 귀결될 것이고, 그 핵심적인 내용이 기본권 주체에게 고지와 청문과 같은 방어의 기회가 주어져야 하고[944], 그 형식이 기본권을 보호하기 위해 적절해야 한다.[945] 그런 의미에서 기본권 주체에게 합리적인 방어의 기회를 제공하기 위해 영장의 제시는 필수적이

---

943) 헌법재판소도 행정상 즉시강제에 대한 영장주의 적용과 관련하여 "영장주의가 행정상 즉시강제에도 적용되는지에 관하여는 논란이 있으나,"" 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서,"" 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로,"" 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다."'라고 하여 예외적으로 영장주의의 적용이 양보된다고 판시한 바 있다.(헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12); 김해원, 앞의 글, 72-73면.

944) 이는 사법적 다툼에서 무기대등의 원칙에서 도출될 수 있는 것이다.

945) 강승식, "절차적 적법절차의 본질에 관한 연구", 미국헌법연구 제25권 제2호, 2014, 11-13면; 윤영미, "절차적 적법절차의 적용대상", 법학논총 제24권 제2호, 2007, 3면.

라 할 수 있겠다. 다만 영장 제시의 방법과 관련하여서는 어떤 방법이 영장주의의 본질인지, 또는 헌법적인 방법인지에 대해 규정하고 있지 않기 때문에, 입법자의 형성의 자유가 비교적 큰 부분이라 할 수 있겠다.

마. 영장주의의 적용 범위

수사기관의 강제처분으로부터 영장주의가 보호하고자 하는 국민의 기본권으로 가장 중요하게는 신체의 자유(제12조)와 주거의 자유(제16조)를 들 수 있겠다. 이 외에도 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 비밀(제18조), 새로운 기본권으로 개인정보자기결정권 등을 들 수 있다.[946] 이러한 기본권들은 비교형량을 거부하는 절대적 기본권이 아니기에 보호이익보다 더 큰 공익이나 제3자의 이익이 있으면 이익형량을 통해 제한이 가능한 권리들이다. 이러한 기본권을 보호하기 위한 영장주의는 기본권 침해(제한)가 존재하는 경우, 즉 신체 등에 직접적·현실적·물리적인 강제력이 행사되는 경우에야 비로소 영장주의가 적용된다. 우리 헌법은 기본권 주체의 자유의사에 반하여 직접적이고 물리적인 강제력을 행사하는 수사상 강제처분으로 체포·구속·압수·수색[947]을 들고 있다. 이러한 점으로 볼 때, 영장제도는 기본권을 보장하기 위한 특수한 보호장치로 이해되어야 한다.[948]

즉, 다른 구제수단이나 권리구제장치를 통해 기본권에 대한 제한을 해소하거나 심판받을 가능성이 있는 경우에는 영장주의가 적용되지 않는다. 구체적인 예로써, 기본권 주체에 대하여 직접적으로 물리적 강제력이 행사되고, 이를 통한 기본권 침해의 정도가 심하며, 사후적으로 구제받는 것이 효과적이지 않는 경우에 비로소 영장주의가 적용될 수 있는 것이다. 따라서 직접적 · 현실적 강제력 행사가 아닌, 사후적 제재를 통해 심리적 · 간접적 수단을 사용하는 경우 영장주의가 적용된다고 보기 어렵다. 개인에게 불리한 모든 법적 의무부과에 대해 영장을 요구하는 것은 현실적으로

946) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538; 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191, 550(병합), 2014헌마357(병합)
947) 체포는 기본권주체를 일정한 공간에 인치하는 것, 구속은 인치된 기본권주체의 행동의 자유를 제약하는 것, 즉 일정 공간 밖으로 나가는 것을 금지하는 것, 압수는 물건의 점유를 취득하는 것, 수색은 증거를 찾기위해 일정 장소, 신체 등을 뒤지는 것이라 정의할 수 있겠다.(김해원, “헌법상 적법절차원칙과 영장주의 – 문재인 정권의 공법적 과제와 관련하여 –”, 공법학연구, 제18권 제3호, 2017, 63면, 주21.)
948) 한수웅,『헌법학』제10판, 법문사, 2020, 653면.

불가능하고, 헌법이 상정하는 영장주의에도 맞지 않기 때문이다.[949] 그렇기 때문에 음주측정, 지문채취, 소변채취 등 기본권 주체의 자발적 협력이 필요한 경우 직접적이고 물리적인 강제력이라고 보기 어려우므로 영장주의가 적용되지 않는다고 헌법재판소는 판시하고 있다.[950] 다만 이와 관련하여 당사자의 자발적인 협력이 필요한 위의 경우는 신체의 자유의 보호범위에 있는 것이 아니라 일반적 행동자유권의 보호범위에 있는 것이므로 일반적 행동자유권의 제한에는 영장주의가 적용되지 않는다(의무를 부과하고 처벌을 통해 의무의 이행을 강제하는 경우 다른 권리구제 절차를 통해 해결할 수 있다)는 견해도 있다.[951]

요컨대, 우리 헌법이 규정하고 있는 영장주의의 적용범위는 일차적으로는 제12조에서 보장되는 신체의 자유, 제16조에서 보장되는 주거의 자유에 대한 직접적, 현실적인 물리적 강제력의 행사에 대한 것이다. 제17조의 사생활에 대한 침해나 제18조 통신의 비밀에 대한 침해, 새로운 기본권으로서의 개인정보자기결정권 등의 경우 우리 헌법의 명문의 규정으로 영장주의가 적용되는 부분은 아니다. 하지만 해석상 신체나 주거의 자유 외에도 강제수사로 인해 국민의 기본권이 침해받을 위험이 존재하는 경우에는 영장주의를 적용하여 양자 사이의 이익형량을 통해 기본권 제한을 정당화하는 과정이 필요하다고 할 것이다.[952] 이는 주로 프라이버시권의 보호 위주로 영장주의가 발달해 온 미국 판례의 변화·발전 과정을 보면 쉽게 유추할 수 있다. 마찬가지로 우리의 헌법재판소 판례도 이러한 경향으로 변화하는 추세에 있다고 볼 수 있다. 최근의 판례에서는 직접적이고 현실적인 물리적 강제력이 행사가 아닌 임의수사[953]

---

949) 한수웅,『헌법학』제10판, 법문사, 2020, 653면.

950) 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11; 헌재 2004. 9. 23. 2002헌가17 등; 헌재 2006. 7. 27. 2005헌마277;“이 사건 법률조항은 수사기관이 직접 물리적 강제력을 행사하여 피의자에게 강제로 지문을 찍도록 하는 것을 허용하는 규정이 아니며 형벌에 의한 불이익을 부과함으로써 심리적·간접적으로 지문채취를 강요하고 있으므로 피의자가 본인의 판단에 따라 수용여부를 결정한다는 점에서 궁극적으로 당사자의 자발적 협조가 필수적임을 전제로 하므로 물리력을 동원하여 강제로 이루어지는 경우와는 질적으로 차이가 있다. 따라서 이 사건 법률조항에 의한 지문채취의 강요는 영장주의에 의하여야 할 강제처분이라 할 수 없다.”

951) 한수웅,『헌법학』제10판, 법문사, 2020, 653-654면.

952) 비슷한 견해로 김하열, 『헌법강의』, 박영사, 2018, 390면.

953) 전기통신사업자에 대한 공권력의 통신자료 제공요청이 불응할 수 있는 ‘요청’에 불과한 것인지, 아니면 ‘사실상 강제’되는 것인지에 대하여 논란이 있어왔다.(신동운, 『(간추린)신형사소송법』, 법문사, 2018, 95면 참고) 헌법재판소도 유사한 사건에 대해서 임의수사라고 판시한 바 있다. (헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439; 이 사건 통신자료 취득행위는 피청구인이 이 사건 전기통신사업자에게 청구인에 관한 통신자료 취득에 대한 협조를 요청한 데 대하여 이 사건 전

도 영장주의가 적용되는 강제처분에 포함된다고 판시하여 영장주의의 적용범위를 새로운 수사방법의 사용에까지 확대하고 있다.954)

2. 수사효율성과 기본권 보장의 조화

가. 영장주의 위반 시의 효과

영장주의는 헌법상 원칙이므로 영장주의에 위반되는 법률이 있다면 이는 위헌적 법률로서 허용되지 않는다고 보아야 한다. 하지만 영장주의의 구체적 의미는 각 국가의 역사적·법문화적·정치적 기반을 고려하여 달리 볼 여지가 있다. 영장주의의 본질적 내용을 침해하는 법률이 있다면 그 법률은 위헌이라고 평가를 하는 것이 분명하지만, 본질적 내용이 아닌 부수적 내용이라면 영장주의의 내용을 제한하는 입법도 가능할 것이다. 기본적으로는 우리나라 헌법에 규정된 내용을 그 본질적 내용으로 보는 것이 타당하다.

나. 영장 집행으로 인한 구제 방안 검토

강제수사의 한 방법인 영장의 집행은 영장집행 대상자에게는 어떠한 형태로든 피해가 발생할 수밖에 없다. 가장 심각한 피해는 체포나 구속으로 인한 경우이나, 이외에도, 경제활동에 필요한 생산설비 등의 압수로 인하여 생산에 차질을 가져오는 경제적

기통신사업자가 임의로 이 사건 통신자료를 제공함으로써 이루어진 것이다. 그런데 피청구인과 이 사건 전기통신사업자 사이에는 어떠한 상하관계도 없고, 이 사건 전기통신사업자가 피청구인의 통신자료제공 요청을 거절한다고 하여 어떠한 형태의 사실상 불이익을 받을 것인지도 불분명하며, 수사기관이 압수수색영장을 발부받아 이 사건 통신자료를 취득한다고 하여 이 사건 전기통신사업자의 사업수행에 지장을 초래할 것으로 보이지도 않는다. 또한 이 사건 통신자료 취득행위의 근거가 된 이 사건 법률조항은 "전기통신사업자는 … 요청받은 때에 이에 응할 수 있다."라고 규정하고 있어 전기통신사업자에게 이용자에 관한 통신자료를 수사관서의 장의 요청에 응하여 합법적으로 제공할 수 있는 권한을 부여하고 있을 뿐이지 어떠한 의무도 부과하고 있지 않다. 따라서 전기통신사업자는 수사관서의 장의 요청이 있더라도 이에 응하지 아니할 수 있고, 이 경우 아무런 제재도 받지 아니한다. 그러므로 이 사건 통신자료 취득행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하는 것이어서..) 2018년 두 건의 결정에서 헌법재판소는 이에 대해서는 언급하지 않고, 헌법상 영장주의가 요구되는 강제수사에 해당한다고만 판시하였다. 사실상 강제된다고 하더라도, 법률 규정상으로는 임의수사로 해석하는 것이 옳을 것이다.(같은 견해로, 김종현, 앞의 글, 40면)

954) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538; 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191, 550(병합), 2014헌마357(병합)

피해(압수물을 환부 받더라도 그 이전까지는 경제적 피해가 발생하게 됨), 근무지나 주거지에 압수·수색을 당함으로 인하여 명예가 실추되는 정신적 피해 등 다양한 피해가 발생할 수 있다. 그리고 이러한 피해발생은 영장집행이 위법한 경우가 아니더라도 발생할 수 있고, 경우에 따라서는 그 피해가 경미하지 않을 수도 있다. 그럼에도, 현행법은 영장 집행으로 인한 피해에 대하여는 제대로 구제방안을 마련해두고 있지 않다.

강제수사가 위법한 경우였다면, 이와 관련하여 국가배상청구를 통한 구제방법을 생각해 볼 수 있고, 체포나 구속이 되었던 경우에는 형사보상 및 명예회복에 관한 법률에 의한 보상제도가 마련되어 있다. 피고인이나 피의자 신분이었던 경우로서 구금을 당한 경우에 한하여 보상제도가 마련되어 있는 것이다. 그 외 피의자나 피고인이 아닌 제3자에 대한 강제수사(압수·수색 등)로 피해를 입은 경우나 피의자나 피고인의 경우에도 구금을 수반하지 않은 다른 강제수사로 인한 피해에 대하여는 보상제도가 마련되어 있지 않다.

강제수사로 인한 피해는 구금의 경우에만 한정되지 않고, 경우에 따라서는 구금된 경우보다 더 피해가 큰 경우도 있을 수 있는 만큼, 적법한 강제수사로 인한 피해에 대하여도 경제적 보상이나 명예회복을 위한 조치 등 구제방안에 대하여 검토해볼 필요가 있다. 이는 피해구제의 측면에 그치지 않고, 간접적으로는 영장남발을 억제하는 효과를 가져올 수도 있을 것으로 판단된다.

다. 변호인의 업무상 비밀유지의무와의 충돌 문제

형사소송법 제112조(업무상 비밀과 압수)는 “변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있다. 단, 그 타인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요가 있는 때에는 예외로 한다.”고 규정하고 있고, 같은 법 제149조(업무상 비밀과 증언거부)는 “변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서

타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있다. 단, 본인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요 있는 때에는 예외로 한다."고 규정하고 있다.

그러나 의뢰인의 범죄혐의와 관련하여, 법무법인이나 법률사무소에 대한 압수·수색이 적지 않게 이루어지고 있고, 이 과정에서 변호인이 의뢰인과 상담하거나 법률자문을 한 내용, 심지어 법률자문 과정에서 제공받은 자료 등이 압수될 수 있기 때문에, 변호인 입장에서는 이를 거부할 수 있는지가 문제될 수 있다. 이는 자칫 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이 될 수도 있기 때문에, 매우 민감한 문제가 아닐 수 없다.[955]

참고로 이와 유사한 쟁점은 대법원 2012. 5. 17. 선고, 2009도6788 전원합의체 판결 사례에서 다루어진바 있는데, 위 사례에서 1심(서울중앙지방법원 2008. 10. 9. 선고 2007고합877 판결) 및 원심(서울고등법원 2009. 6. 26. 선고 2008노2778 판결)은 "비록 우리 현행법상 명문의 규정은 없지만, 변호인의 조력에 관한 우리 헌법재판소의 결정 취지, 현행법상 변호인과 의뢰인 사이의 비밀유지에 관한 각 규정의 취지 및 한계, 미국, 영국 등 영미법계 국가에서 변호인과 의뢰인 사이에서 의뢰인이 법률자문을 받을 목적으로 비밀리에 이루어진 의사 교환에 대하여 의뢰인이 공개를 거부할 수 있는 특권(Attorney-Client Privilege 또는 Legal Professional Privilege)이 판례상 인정되고 있는 점 등을 고려하면, 피의자 또는 피고인에 대하여 비록 형사소송법 등에서 구체적으로 규정되고 있지 않으나 헌법 제12조 제4항에 의하여 인정되는 변호인의 조력을 받을 권리 중 하나로서, 변호인과 의뢰인 사이에서 의뢰인이 법률자문을 받을 목적으로 비밀리에 이루어진 의사 교환에 대하여는 의뢰인이 그 공개를 거부할 수 있는 특권을 보유하는 것이라고 보아야 한다"고 판단하였다.

이에 반해 대법원은 "변호인의 조력을 받을 권리, 변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호 범위 등에 관한 헌법과 형사소송법 규정의 내용과 취지 등에 비추어 볼 때, 아직 수사나 공판 등 형사절차가 개시되지 아니하여 피의자 또는 피고인에 해당한다고 볼 수 없는 사람이 일상적 생활관계에서 변호사와 상담한 법률자문에 대하여도 변호

955) 이에 최근 변호사협회는 지난 해 더불어 민주당 조응천 의원과 공동으로 변호사 비밀 유지권 도입 정책토론회를 열고 자체적으로 마련한 변호사법 개정안을 제시하기도 한바 있다.(서울경제 2019. 7. 10. 기사 "로펌 압수수색 그만... 변협, 변호사법 개정 추진", 최종검색 2020. 03.27.)

인의 조력을 받을 권리의 내용으로서 그 비밀의 공개를 거부할 수 있는 의뢰인의 특권을 도출할 수 있다거나, 위 특권에 의하여 의뢰인의 동의가 없는 관련 압수물은 압수절차의 위법 여부와 관계없이 형사재판의 증거로 사용할 수 없다는 견해는 받아들일 수 없다."고 판단하였다.

따라서 인권보장 측면에서 본다면 외국의 경우를 참고하고 기존 전원합의체 판결을 참고하여 헌법상의 기본권을 보장하기 위하여 변호인의 업무상 비밀유지를 보장하여 의뢰인의 인권과 기본권을 보장할 수 있도록 해야 할 것이다.

라. 각종 특별법상 행정조사시 개인정보보호

각종 특별법상(예컨대, 의료법 제61조, 제61조의2[956] 등) 행정조사 목적의 자료제출 명령 제도 등에 의해 사실상 영장주의가 형해화 될 우려가 있다. 그런데, 이러한 행정조사와 관련하여 제기될 수 있는 또 다른 문제는 개인정보 보호의 문제이다. 예컨대, 의료법 제61조 제1항은 "보건복지부장관, 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장은 의료기관 개설자 또는 의료인에게 필요한 사항을 보고하도록 명할 수 있고, 관계 공무원을 시켜 그 업무 상황, 시설 또는 진료기록부 · 조산기록부 · 간호기록부 등 관계 서류를 검사하게 하거나 관계인에게서 진술을 들어 사실을 확인받게 할 수 있다. 이 경우 의료기관 개설자 또는 의료인은 정당한 사유 없이 이를 거부하지 못한다."고 규정하고 있다.

이처럼 행정조사의 목적으로 환자의 진료기록까지 환자 동의 없이도 강제로 열람할 수 있게 된다. 그런데, 의료법 제21조 제2항은 의료인, 의료기관 등으로 하여금 진료기록을 열람하게 하거나 그 사본을 내주는 등 내용을 확인할 수 있게 하여서는 안 되도록 금지하고 있고, 그 예외로 진료기록을 열람하게 할 수 있는 사유를 규정한 같은 조 제3항에서는 의료법 제61조를 규정하고 있지 않고 있다. 또한 형법 제317조(업무상비밀누설죄)는 의사 등이 업무와 관련하여 그 업무처리 가운데 지득한 타인의 비밀을 누설할 경우 형사처벌 대상임을 규정하고 있다.

이와 같이 환자의 진료내용과 이를 담고 있는 진료기록은 환자의 민감한 개인정보

956) 의료법 제61조에 위반시 형사처벌(제89조 4호) 내지 과태료(제92조 제2항 3호)에 처해지게 되므로, 사실상 강제조사나 다를 바 없음에도, 영장주의가 적용되지 않는다.

이기 때문에, 의사와 의료기관으로 하여금 이를 제3자에게 열람시키거나 누설하지 않도록 규정하고 있는 것이다. 즉, 개인정보보호법은 건강에 관한 정보를 정보주체의 프라이버시나 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 민감 정보로서 특별히 보호하고 있다(제23조). 그러나 이러한 민감 정보조차 행정조사에서는 제대로 보호받고 있지 못하고 있다.

가령, 개인정보가 강제수사 등에 의하여 수사기관에 제공된 경우에는 제공된 정보의 주체에게 그러한 사실을 통지하도록 하고 있는 반면(예컨대, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제4조의2, 통신비밀보호법 제9조의3), 의료법 제61조, 제61조의2 등 행정조사의 경우에는 이러한 통지절차조차 마련되어 있지 않고 있다. 행정조사의 경우도 사실상 강제조사의 성격을 가졌고, 그것이 민감 정보에 해당함에도, 환자는 자신의 진료정보가 제공된 사실조차 모르고 있는 것이다. 따라서 행정조사 등의 행정절차에는 헌법 제12조 제3항의 영장주의가 적용되지 않음은 종래의 헌법재판소 결정례에서도 수 차례 확인된바 있지만 (2019. 9. 26. 2016헌바381 등), 행정조사의 경우 '현장조사, 문서열람, 보고요구, 자료제출요구'등의 형태로 이루어지고 있는 이상, 이는 사실상 형법상의 '압수'내지 '수색'에 준한다고 볼 수 있다.

다만, 행정조사는 조사 상대방에 대한 동의를 구하고 있고, 이러한 점에서 강제수사가 아니라는 점이 강조된 만큼, 그럼에도 조사 대상의 자료, 즉 정보의 주체는 피조사자가 아닌 제3자의 정보인 경우를 고려하면 영장주의가 적용되는 현행의 형사법 체계와 균형을 맞추어야 할 것이다. 더구나 행정조사가 이루어지는 당사자의 동의는 형식적 동의에 머무르는 경우가 많은 것이 현실이므로, 행정조사기관은 피조사자에 대해 폭넓은 감독권을 가지고 있는 반면, 수사기관보다도 오히려 피조사자에 대한 관계에서 우월적 지위를 갖는 경우가 많다. 게다가 "행정조사기본법 제4조 1항에 따르면 다른 목적 등을 위해 행정 조사권을 남용해서는 안 된다고 규정하지만 예외 영역이 너무 넓고 위반에 대한 제재규정이 없어 실효성을 담보하기 어렵다. 그러므로 행정조사를 바탕으로 수집된 자료가 형사수사의 증거자료로 활용된다면 행정조사라고 하더라도 헌법 및 형사소송법상의 절차적 규율을 받을 필요가 있다"[957]고 판단된다.

따라서 각종 특별법상 행정조사의 경우에도, 그것이 개인정보의 침해를 최소화할

957) https://www.lawnb.com/Info/ContentView?sid=N00054350D1C6E2B (최종검색 2020.10.03.)

수 있도록 하고, 경우에 따라 정보주체에게 통지하도록 하는 등의 제도적 장치를 마련할 필요가 있다. 또한 강제수사의 경우 외에도, 이와 유사한 행정조사의 경우에도 개인정보보호와 이를 통해 행정조사 남발을 억제하는 측면에서 좀 더 검토될 필요가 있다고 사료된다.

마. 새로운 수사기법과 영장주의

본 연구의 가장 중요한 주제인 새로운 수사기법의 등장과 영장주의의 적용에 대한 문제라고 할 수 있다. 형사소송법상 강제처분이 체포와 구속, 그리고 압수와 수색에 한정되지 않고 인터넷 회선 감청의 경우에도 영장주의가 적용되어야 하는지에 대한 검토를 요한다. 인터넷회선 감청은 압수·수색과는 구별되는 것이지만 법이 정하고 있는 강제처분에 해당한다. 결국 감청의 경우에도 영장주의가 적용된다는 것은 체포·구속·압수·수색 이외에도 국가의 강제처분에 해당한다면 영장주의가 적용된다는 것을 의미한다고 볼 수 있다. 이에 대한 선행연구[958]와 판례의 입장을 정리하였다. 헌재 결정인 2016헌마263 결정(인터넷 회선 패킷 감청 사건) 등을 그 분석대상으로 하였다. 이외에도 "당사자의 자발적 협조가 필수적인 것이므로 호흡 측정기에 의한 주취여부의 측정이 강제처분이 아니라고 한 사례,"[959] "직접 물리적 강제력을 행사한 것이 아니라 형벌에 의한 불이익을 부과함으로써 심리적· 간접적으로 지문채취를 강요하는 것을 강제처분이라 할 수 없다고 한 사례,"[960] 마약류반응검사를 위하여 마약류 관련 수형자의 소변을 채취한 경우,[961] 형사재판에 계속 중인 국민에 대한 출국금지처분이 강제처분에 해당하지 않는다고 한 사례,[962] 등을 분석하였다. 그 결과, 다음과 같은 시사점을 제시할 수 있다.

전통적인 영장주의 적용 사례는 신체에 대한 체포, 수색, 구속의 경우와 주거에 대한 압수, 수색의 경우로, 이와 관련된 논의는 주로 일반영장에 관한 논의와 사후영

958) 차진아, "범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공요청의 문제점과 개선방안", 법조 제67권 제2호, 법조협회, 2018, 385면.
959) 헌법재판소 1997.3.27. 96헌가11 결정.
960) 헌법재판소 2004.9.23. 2002헌가17 결정.
961) 헌법재판소 2006.7.27. 2005헌마277 결정.
962) 헌법재판소 2015.9.24. 2012헌바302 결정,

장, 즉 영장주의의 예외적 상황에 관한 논의를 중심으로 다루었다. 특히 IT기술의 발달로 인해 새롭게 등장하는 수사기법과 이로 인해 발생하는 새로운 형태의 기본권 침해 유형에 대해 어떻게 영장주의를 적용할 수 있을 것인지에 대한 논의에 초점을 맞추고자 한다.

미국의 경우, 대다수의 주가 수사관 또는 검사에게 전화, 무선통신, 이메일과 같은 전자 통신수단, 비디오 통신 등 다양한 수단을 통해 원격으로 수색영장을 청구하는 것을 허용하고 있다. 앞서 언급한 검토를 바탕으로 다양한 전자 영장 절차는 3가지 일반 범주로 나눌 수 있다. 먼저, 소수의 주(아이다호와 일리노이주)는 제한적인 접근 방식을 취하여 수색 영장을 신청하지 않아, 전자적으로 발급할 수 있게 되었다. 이들의 법령 조항은 수색 영장의 전자 발급에만 허용하기에, 해당 신청 절차는 포함되지 않는다.[963] 이러한 법령들이 모든 긴급 통신 기술을 최대한 활용할 수는 없지만, 전자적 수단으로 영장을 발부할 수 있는 치안판사의 능력은 용의자의 소재지 근처에서 승인과 송신을 기다리는 동안 한 명의 경찰관이 수색 영장을 신청할 수 있도록 함으로써 여전히 법 집행에 도움이 될 수 있다.[964] 콜로라도의 전자 영장 절차는 전자적 수단으로 수색 영장 신청과 발부가 모두 가능한 중간 범주에 속한다. 그러나 서면 또는 "출력된" 자료는 치안판사가 영장을 발부하기 전에 필요하다. 마지막으로 애리조나, 알래스카, 미네소타, 캘리포니아, 사우스다코타, 네브래스카 등은 연방과 가장 유사한 전자 영장 절차를 채택하고 있다.[965]

연방 규칙 41(c)(2)과 마찬가지로, 이러한 주의 조항은 콜로라도 법규에 따라 부과된 것과 같이 추가적인 제한 없이 전자적 수단으로 수색 영장 신청과 발부를 모두 허용한다. 그러나 각 관할권의 고유한 인구통계 및 필요성 때문에 집단의 다양성이 존재한다. 예를 들어 네브래스카는 신청자가 요청하여 포함한 정보를 합리화하기 위해 담당관과 치안 판사 사이에 지방 검사를 함께 넣어 발생 가능한 원인을 판단하는 것이 덜 복잡해졌다.[966] 그러나 일반적으로 이들 주(州)에서의 절차는 가이드라인을 면밀히 적용하

963) See supra Part IV.E-F

964) Presumably, these states have refrained from further expanding their telephonic search warrant procedures because of the drawbacks which some commentators have indicated are inherent in these processes. For a more detailed discussion of these criticisms, see infra Part V

965) See supra Part IV.A, B, C, G, H, I

며, 법 집행 관계자들이 수색 영장을 조달하기 위해 새로운 통신 기술을 완전히 도입할 수 있도록 허용하고 있다.

아마도, 기존의 전자 영장 법령의 차이와 일부 주(州)가 어떤 형태의 전화 통신 방법을 제공할 것인지 채택하지 못한 것은 절차에 대한 두 가지 주요 비판에서 비롯된 것이라고 생각된다. 구두 진술서를 근거한 전자 영장을 비판하는 입장에서는 (1) 태도에 관한 증거의 결여와 (2) 수색 영장을 발부하기 전에 치안판사가 검토할 서면 기록의 부재를 지적한다.[967] 사법관과 진술인 사이의 대면적 상호작용의 결여는 행동이나 다른 비언어적 단서에 근거한 신뢰도 평가를 방해한다고 주장되고 있다. 더욱이 "강력한" 문서화의 결여는 치안판사가 가능한 원인의 존재를 판단할 때 관련 사실을 충분히 평가하기 어렵게 함으로써 문제를 복잡하게 만들 수 있다.[968] 그러나 이러한 비판은 근거가 없음으로 전자 영장 절차 제정에 대한 합법적인 비판으로 간주하여서는 안 된다는 반론이 있다.

치안판사가 신뢰성을 평가하기 위한 정밀 조사의 부족과 관련하여, 영장 신청 절차와 최근의 기술적 진보에 관한 몇 가지 사실들이 이 비판을 근거 없는 것으로 만든다. 먼저, 태도는 치안판사 들이 진술서를 주의 깊게 관찰하고, 행동의 단서에 근거한 미세한 차이가 있다고 암묵적으로 가정한다. 형사사법제도에 익숙하지 않은 사람들은 치안판사들이 꼼꼼하게 증거를 검토하고 진술서를 꼼꼼히 따진다고 믿겠지만, 실제로 영장 신청은 최소한의 검사만 거쳐 승인되는 경우가 많다.[969] 라파브 교수는 "판사가 직접 서명하는 영장의 내용에 대한 검토 없이 서류만 스캔할 것"이라고 말했다.[970]

그러나 이러한 정밀 조사의 부족은 처음 보는 것보다 더 논리적일 수 있다. 예를 들어, 영장 신청 절차에 우호적인 사람은 흔히 법정 환경에 상당히 노출된 경찰관이다.[971] 불가피한 영향은 영장 신청 절차에 익숙하지 않은 일반 시민의 경우처럼 거짓말과 관련된 '신경질적인' 행동 신호(즉, 동공 크기 감소, 땀 흘림, 눈 깜빡임, 시선 낮추기 등)가 치안판사에게 분명하게 드러나지 않는다는 점이다.[972] 게다가 전통적

---

966) See supra Part IV.H
967) Beechen, supra note 26, at 701; Israel, supra note 98, at 261
968) Id.
969) See Wayne R. LaFave, Arrest: The Decision to Take a Suspect into Custody, 34 (1965)
970) Id.
971) Beechen, supra note 26, at 702

방식의 전화기를 사용하는 치안판사가 진술자를 시각적으로 평가할 수 없을지라도, 그는 여전히 전화를 건 사람을 조사하거나 경찰관에게 구두로 요청할 기회를 가지고 있다. 이러한 이점은 단순히 다른 개인으로부터 그의 정보를 받은 신청자를 관찰하는 것보다 훨씬 더 중요한 것으로 보인다.[973]

이를 위해 미국의 판례의 발전과 변화과정과 우리 헌법재판소의 판례 등을 비판적 시각으로 살펴보고자 한다.

(1) 미국 판례의 변화

미국에서도 영장의 전자화가 다루어진 것은 최근 몇 년이다. 연방대법원에서 최초로 다룬 것은 McNeely 판결[974]이지만, McNeely 판결은 음주운전 징후를 보인 피고인에 대하여 실시한 본인의 승인 없는 무영장 혈액검사의 합헌성을 다룬 사건이다. 법정의견은 당국 측이 「혈중 알코올 농도는 음주를 멈춘 후 감소한다」는 이유로 즉시 긴급성을 긍정해야 한다("per se" rule)고 주장하지만, 현재는 영장 청구, 발부에 관한 절차가 전자화에 의해 신속화 되어 왔기 때문에 제반 사정을 비교·형량하여 엄격하게 긴급성을 판단할 필요가 있으며, 본 건에서는 알코올이 점차 소실되어가는 것 이외에 긴급성을 긍정하는 근거가 없으므로 무영장 혈액검사는 인정할 수 없다고 판시하였다.

영장 전자화에 대해 판시한 부분에 초점을 맞춰보면 법정의견은 「연방형사소송규칙(The Federal Rules of Criminal Procedure)은 연방치안판사에게 전화로 전달된 진술서에 따라 영장을 발부하는 것을 인정하기 위해 1977년에 개정되었다.[975] 계속 개정되어 이제 해당 규칙은 연방치안판사에게 전화 또는 신뢰할 수 있는 전자적인 수단에 의해 전달 된 정보를 고려하는 것을 인정하고 있다(동 규칙 4.1조). 이에 미국의 수정헌법 제4조[976]는 주로 사법권수사의 효율성의 요청과 개인의 프라이버시권 보호

---

972) Id.

973) Israel, supra note 98, at 261

974) Missouri v. McNeely, 133 S.Ct. 1552 (2013)

975) 石川雅俊, "アメリカにおける令状の電子化と証拠排除", 青山法学論集, 第60巻 第4号, 2019, 102頁.

976) 불합리한 압수수색으로부터 간수자, 자택, 서류, 물품들이 안전하게 보장될 인간의 권리는 침해되어서는 안 되며, 무선서의 증언 또는 선서에 의해 뒷받침되는 상당한 이유에 근거하지 않는 한 영장은 발부되지 않으며, 특히 수색 대상 장소나 압수 대상이 되는 물품이나 개인을 설명해야 한다.

와 관련되어 논의가 진행되어 왔다. 따라서 영장과 관련된 논의는 주로 주거에 대한 물리적 침입 또는 재산권에 대한 침해와 관련하여 발전해왔다고 해도 과언이 아니다. 즉 개인의 물리적 사적 영역에 대한 침범이 있지 않으면 영장주의가 적용되지 않는다고 해석되었다. 예를 들어 개인의 집안에 들어가지 않고, 공공의 장소인 길에서 집안을 (창문 등을 통하여) 살펴보는 것은 수정헌법 제4조의 위반이 아니었다.[977] 마찬가지 논리로 개인의 집안을 일정 고도 이상에서 살펴보는 것, 또는 촬영하는 것도 물리적 침범이 아니므로 수색에 해당하지 않아 영장이 필요 없다고 해석되었다.[978]

앞에서 살펴보았듯이, 1928년의 'Olmstead v. United States' 판결은 영장주의의 전형적인 사건인 도청사건이다. 수사관이 Olmstead의 가택에 대한 침범 없이 공공장소인 길에 세워진 전신주의 전화선을 통해 통화내용을 도청한 경우, 이는 주거에 대한 물리적 침범이 아니므로 수색에 해당하지 않고[979] 영장이 요구되지 않는다고 판단한 사건이다.[980] 이 당시에는 미국에서도 프라이버시권에 대한 개념이 확립되기 전이었기에 이러한 판단이 가능했을 것이다(즉 재산권의 측면을 강조하여 영장주의를 판단했기 때문에 이런 결론에 도달하게 되는 것이다.).

그러다 1967년 Katz v. United States 판결이 나오면서 이러한 견해는 변화하게 된다. 이 판례를 통해 물리적 침범이 중요한 판단기준이 아니라 프라이버시가 보호될 것이라는 합리적인 기대(reasonable expectation of privacy)를 프라이버시권의 영장이 필요한지 여부에 대한 중요한 판단기준으로 제시되었다.[981] 이 사건은 수사관이

977) Uniteds States v. Dunn, 480 U.S. 294, 305 (1987).

978) Florida v. Reiley, 488 U.S. 445, 451 (1989).

979) 도청을 위한 전선의 삽입이 Olmstead의 재산을 무단으로 침입하지 않고 대형 사무용 빌 딩 지하에서 이루어졌다는 점, 전화도청이 주택 인근 도로에서 수행되었다는 점이 판단의 근거가 되었다; Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 456-457 (1928). "동 판결은 압수·수색의 대상과 관련해서도 중요한 설시를 하였다.""수정헌법 제4조는 신체, 가택, 서류, 동산의 가능한 실제 의미를 넘어 청취 (hearing)와 관찰(sight)을 금지하는 것으로 해석될 수 없다는 것이다." "물론 입법자는 전화상의 대화를 보호하기 위한 관련 법령을 제정할 수 있지만, 그것이 수정헌법 제4조에서 말하는 압수·수색의 대상은 아니라는 것이다"; Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 465 (1928).

980) Olmstead v. United States 277 U.S. 438 (1928).

981) 이와 관련하여 1967년 미연방대법원의 Burger v. New York 판결을 살펴볼 필요가 있는데, 이 판결에서 미연방대법원은 대화(conversation)도 수정헌법 제4조의 보호대상에 포함되는 것으로 판단하여 전자기기를 이용하여 이를 증거로 획득하는 것은 수색에 해당한다고 판시하였다. Berger v. New York, 388 U.S. 41, 51 (1967). 다만 이 판결에서 명시적으로 Olmstead 판결을 변경하는 것으로 판시하지는 않았다.

공공장소인 길에 설치된 공중전화박스에 도청장치를 설치하여 Katz의 통화내용을 녹음한 것으로, 전통적인 견해에 의하면 영장이 요구되지 않는 사안- 가택에 대한 물리적 침범이 없었으므로-이었다.[982] 하지만 연방대법원은 공중전화박스 내에서 행해진 통화는 외부에 공개되지 않을 것이라는 믿음, 즉 프라이버시 보호의 합리적 기대가 있었던 것이고, 통화내용을 획득하기 위한 수사기관의 행위는 수색에 해당하기 때문에 영장이 요구된다고 판시하였다.[983] 다시 말해서, 사회가 합리적인 것으로 인정할 사생활 보호에의 주관적 기대를 개인이 표명한 사생활 문제는 정부의 부당한 침해로부터 보호될 권리가 있다.[984] 제4차 수정안 관계법은 '수색'이 일반적으로 영장에 의해 집행될 것을 요한다. 결국, 정부 직원이 영장을 얻지 못한다면, 헌법상 보호되는 사안에 대한 감시는 불법으로 간주된다. 이 판례를 통해 수정헌법 제4조가 적용되는 대상이 특정한 물리적 장소에 대한 강제수사뿐만이 아니라 공공장소라 하더라도, 특정한 물리적 장소가 아니더라도 그 개인을 기준으로 프라이버시(privacy upon which he justifiably relied)에 대한 합리적 기대가 인정된다면 이를 제한하는 강제수사에는 영장이 필요한 것으로 변경되었다. 즉 수정헌법 제4조의 보호범위가 일정한 물리적 장소에서 개인의 프라이버시권으로 확대된 것이며 전자감시기술이 수색에 해당하는지의 여부는 침입성에 달려있다는 것이다.[985] 이 판결은 기술의 발달로 새로이 등장하는 수사기법에 수정헌법 제4조가 적용되는지 판단하는데 중요한 역할을 해 왔다.

---

982) 이 판결에서 법정의견은 수정헌법 제4조가 보호하려는 것은 사람이지 장소가 아니라며, 압수·수색이 발생하였는지 여부에 관한 새로운 판단기준을 제시하였다; 즉 특히 프라이버시의 보호와 관련하여서는'수색'의 경우가 문제된다. J. Israel/ W. Lafave, Criminal Procedure: Constitutional Limitations, St. Paul: West Academic Publishing, 2013, 45-46면.

983) Kevin T. Crane, Jr., Sixth Circuit Court of Appeals Creates New Categorical Exclusion From Warrant Requirement in U.S. v. Skinner, published by New England Journal on Criminal & Civil Confinement, 2014, 279면.

984) Tom "Tad" Hughes & Corey Burton, Police GPS Surveillance on Vehicles and the Warrant Requirement: "For a While I ´ ve Been Watching You Steady ˝ , Southern Criminal Justice Association, 2012, 4-5면; 유사한 의견으로는 US vs. Karo 판시에서, DEA 직원들은 1980년 8월부터 1981년 2월까지 6월의 기간 동안 무선호출장치의 신호를 이용하여 이동경로를 감시하였다. 대법원은 호출기 감시가 가정집 내에서 이루어졌음에도 제4차 수정안이 말하는 '수색'으로 보았다.

985) Kevin T. Crane, Jr., Sixth Circuit Court of Appeals Creates New Categorical Exclusion From Warrant Requirement in U.S. v. Skinner, published by New England Journal on Criminal & Civil Confinement, 2014, 280면.

이 사건 이후에도 새로운 수사기법의 적용과 이를 통해 수집한 증거의 증거능력에 대한 법정에서의 다툼- 즉 영장이 필요한 것임에도 영장이 없었으므로 증거능력이 없다는 주장과 그렇지 않다는 수사기관의 주장 간-을 통해 새로운 판례들이 형성되어 왔다. 대표적인 예로 전파발신기(Beeper)를 이용한 추적, GPS 장치를 사용한 수사, 스마트폰 데이터의 수집을 통한 수사, 스마트폰 등의 위치정보를 이용한 수사 등이 새롭게 등장한 수사기법이라 하겠다.

전파발신기를 이용한 추적과 관련하여서는 두 사례가 있는데, 하나는 1983년의 United States v. Knotts[986]사건이다. 이 사건에서 연방대법원은 공공장소인 도로(on public thoroughfares)에서 자동차로 이동하는 경우 프라이버시의 기대이익이 없으며, 수사관이 육안으로 추적하는 것과 전파발신기를 이용하여 추적하는 것은 차이가 없으므로 수색도 압류도 아니라고 판시하였다. 즉, 연방대법원은 무선송신기의 사용이 '수색'에 해당되지 않는다고 판단하였는데, 이는 새로운 수사기법인 전자감시 기술장치 이용의 경우 차량이 공용도로에 있는 경우-사적 공간이 아닌- 사생활 침해는 없다고 보았기 때문이다. 그러나 1984년 United States v. Karo[987] 사건에서는 사적 공간(in a private residence)에서 발신된 전파를 추적하는 것은 프라이버시 침해가 되기 때문에 수정헌법 제4조에 대한 위반이라고 판시하였다. 즉 새로운 기술을 사용하여 수사하는 것은 인정되지만 사용하는 장소에 따라 사생활에 대한 침해 정도가 달라지므로 이를 고려하여 결론이 달라질 수 있다는 것을 나타낸 것이다.

반면, GPS를 통한 수사의 수색을 인정한 가장 대표적인 사례로 2012년 United States v. Jones[988] 사건을 들 수 있다. 마약범죄 혐의를 받는 Jones의 차량에 GPS장치를 부착하여 정보를 수집하고 이를 증거로 사용한 사건에서, 연방대법원은 수정헌법 제4조의 위반을 지적하였다. 하지만 다수의견은 그 이유로 물리적 침범기준을 들면서, 차량에 GPS를 부착한 것은 그의 재산(동산인 차량, personal effects)대한 침범이 되므로 수색에 해당한다고 판단하였다. 하지만 이 사건에서 다수의견보다는 소수의 보충의견을 주장한 Alito대법관 등의 견해와 Sotomayor대법관의 견해가 주목할 만하다. 즉 위 Beeper 사용과 관련한 판례와 마찬가지로 공공장소에서의 GPS신호를 수집하는

986) United States v. Knotts, 460 U.S. 276 (1983)
987) United States v. Karo, 468 U.S. 705 (1984).
988) United States v. Jones, 565 U.S. 400 (2012)

것은 프라이버시 침해가 되지 않지만, 그러함에도 불구하고 28일간이라는 장기간에 걸친 GPS신호를 수집하는 것은 프라이버시 침해가 될 수 있다고 주장하였다. 너무 장기간에 걸친 감시는 그 사람의 모든 것, 즉 인격상을 드러낼 위험이 있기 때문에 프라이버시에 대한 합리적 기대에 대한 위반이라고 하였다(소위 모자이크 이론). 이에 Sotomayor대법관은 이 의견에 동조하면서, 더 나아가 짧은 기간의 감시도 기술이 발달한 현대에서는 프라이버시에 대한 침해가 될 수 있다는 것을 강조하였다. 이 판결 이후 개인 주택의 현관에서 경찰이 마약탐지견을 이용하여 탐지한 것을 수색이라 판단한 Florida v. Jardines 판결[989]이나, 위치추적 전자장치(전자발찌)를 부착하여 GPS를 모니터링 한 것이 수색에 해당한다고 본 Grady v. North Carolina 판결[990] 또한 불법침입 심사기준을 적용하여 판단된 사안들이다.

그리고 2014년의 Riley v. California[991] 사건을 주목하여야 한다. 이는 합법적인 체포에 수반한 핸드폰의 압수와 핸드폰 안의 정보를 이용한 수사행위에 관한 문제[992]로서 아직 우리나라에서는 이와 관련한 판례가 없다. Riley사건 이전에는 합법적인 체포의 경우 수색이 동시에 발생하는 것을 전제로 하고 있으며(증거의 보존 및 무기의 제거 등을 위해), 이는 영장 없이 집행할 수 있는 것이었다(체포에 수반한 영장없는 수색).[993] 이 사건에서는 미연방대법원이 현대사회에서 핸드폰, 특히 스마트폰의 정보를 수집하는 행위가 어떤 의미인지에 대해 고민하였다. 즉 휴대전화에는 담배갑, 지갑, 핸드백 등의 물품(physical items) 수색에 따른 프라이버시 문제를 훨씬 넘어서는 더 상당한 프라이버시 이익이 걸려 있으므로[994], 이에 대한 수색에서는 합법적 체포에

989) Florida v. Jardines, 569 U.S. 1 (2013).

990) Grady v. North Carolina, 575 U.S. (2015). 250) 자세히는 이지영, 앞의 글(2015), 21-23면.

991) Riley v. California, 573 U.S. 373 (2014)

992) 경찰은 유효기간이 만료된 자동차등록번호판을 이유로 라일리(Riley)의 차를 멈추게 하였고, 그가 면허정지된 것을 안 경찰은 차를 압수하였다. 압수된 차량을 수색한 결과 2개의 권총을 발견하고, 그를 무기소지죄로 체포하였다. 체포에 수반하여 수색(search incident to a lawful arres)한 경찰은 조직폭력단 관련 물품을 찾아냈고 그의 스마트폰에서 그 조직폭력단 관련 정보를 발견하였다. 이를 토대로 전화기에 있는 내용물을 조사하여 찾아낸 정보들을 바탕으로 검찰은 그를 총기사용폭행죄와 살인미수로 기소한 사건.

993) Chimel v. California, 395 U.S. 752 (1969)

994) 이 판결문 내용중 "말을 타고 달리는 것과 우주선을 타고 달에 가는 것을 그저 A에서 B로 가는 교통수단일 뿐이라며 똑같이 취급하는 것과 같다(That is like saying a ride on horseback is materially indistinguishable from a flight to the moon. Both are ways of getting from point A to point B, but little else justifies lumping them together)."는 문장이 시사하는 바가 크다.

수반한 영장 없는 수색과는 다른 별도의 논증이 필요하고, 휴대전화를 가지고 있는 90% 이상의 미국 성인들이 그들의 삶의 거의 모든 면에 관한 디지털기록을 휴대전화에 저장하고 있으므로 집을 수색하는 것보다 더 중대한 프라이버시 침해가 발생할 수 있다. 그렇다고 해서 휴대전화에 있는 정보가 수색으로부터 면제된다는 것은 아니고, 체포에 수반한 영장 없는 수색의 법리는 휴대전화의 경우 적용되어서는 안 되고, 수색 전 일반적으로 영장이 요구된다는 것을 의미한다.

가장 최근에는 휴대폰의 위치정보를 이용한 위치추적과 관련한 미연방대법원의 판결이 있었다. 2018년 Carpenter v. United States 판결[995]은 (통신사 기지국에 저장된) 휴대폰의 위치정보를 이용하여 수사를 하는 것의 영장필요여부에 대한 논의를 담고있다. 수사당국은 Carpenter의 127일간 수집된 12898개의 위치정보를 이용하여 그를 체포하였다. 수사당국은 저장통신법[996]에 따라 법원의 공개명령(court order for disclosure)을 받아 위치정보와 통화기록을 수집하였고, 그 이전의 판례에서도 제3자 원칙(Third-party doctrine)[997]이 확립된 판례법으로 존재하고 있었다.

하지만 연방대법원은 휴대폰의 위치정보를 열람한 것은 수색에 해당하므로[998] 수정헌법 제4조가 적용되어야 한다고 판단하였다. 휴대폰의 위치정보를 수집하는 것과 GPS 장치를 통한 감시는 많은 부분 유사하고, 현대는 차량 이동정보를 통한 프라이버시 침해보다 휴대폰의 위치정보를 통한 프라이버시 침해의 위험이 더 크기 때문에- 휴대폰은 항상 소지하고 있으므로- 이러한 점이 고려되어야 한다고 보았다. 그리고 제3자 원칙의 적용과 관련해서는 위치정보는 사용자의 적극적 행위(즉 전화를 거는 행위)를 통하지 않고, 수동적으로 생성되는 정보이므로 이를 자발적으로 제3자인 통신사업자에

---

995) Carpenter v. United States, No. 16-402, 585 U.S. (2018)

996) 저장통신법(The Stored Communications Act)은 통신(인터넷)사용자의 프라이버시 보호를 위해 1986년에 제정된 법률로써 통신제공사업자들이 그들이 수집·저장한 고객의 통신기록, 또는 인터넷이용기록을 수사기관의 요구에 의해 제공할 경우 영장없이 법원의 명령(court order)에 의해서 허용될 수 있음을 규정하고 있다.

997) 제3자원칙이란 정보주체가 자발적으로 제3자에게 넘긴 정보에 대해서는 프라이버시에 대한 정당한 기대를 할 수 없고, 따라서 수색영장은 요구되지 않는다는 것으로 미연방대법원이 United States v. Miller, 425 U.S. 435 (1976)사건과 Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979) 사건 이래로 유지해 오고 있는 원칙이다. 특히 Smith 사건의 경우 발신번호 정보의 수집은 프라이버시의 보호영역이 아님을 판시하면서 전화와 프라이버시 간의 관계에 관하여 확고한 원칙을 수립한 사건이다.

998) "7일간의 휴대전화 위치정보 를 수집한 것은 수정헌법 제4조의 수색에 해당한다고 판단하였다"; Carpenter v. United States, 585 U.S. (2018) (slip op., at 11).

게 넘긴(공유한) 것이라고 보기 어렵다고 판단하였다. 또한 저장통신법과 관련하여서 동법은 법원명령을 받기 위해서는 그 기록이 범죄수사와의 관련성과 중요성(relevant and material to an ongoing criminal investigation)이 있다고 믿을 만한 합리적 근거(reasonable grounds)가 요구되지만, 이 사안의 경우 (제3자가 보유한 기록이지만) 정보주체에게 정당한 프라이버시 기대이익이 존재하는 사안이므로 이보다 더 엄격한 상당한 이유(probable cause)에 근거한 영장이 요구된다고 판단하였다. 다만 다수의견인 법정의견은 기지국의 기록이 6일을 초과하는 경우에만 영장이 요구되고, 6일을 초과하지 않으면 영장 없이 정보를 수집할 수 있도록 한 점을 주의하여야 할 필요가 있다. 동 판결은 새로운 디지털 기술의의 비약적인 발전을 고려하여 프라이버시의 보호범위를 새로이 해석한 점에서 중요한 의미가 있다고 평가받는다.[999] 다만 이 판결에 대하여는, 통신사실 확인자료 제공요청을 강제처분이라고 한 헌법재판소 결정[1000]에서와 같은 비판의 여지가 있다. FBI가 저장된 통신법(SCA)에 따른 법원명령(court order)을 받았더라도, 용의자들의 전화번호와 통화기록을 수집하기 위해서는 무선통신사업자들의 협력이 필수적이므로 강제성을 인정하기 어렵다는 평가도 가능하다.[1001]

이러한 일련의 미연방대법원 판례의 발전은 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 수 있다. 이러한 판결을 통해 과학기술의 발전, 특히 디지털 정보에 대한 개인의 프라이버시 보호이익에 대한 견해의 변화[1002]와 이와 관련한 영장주의의 논의를 살펴보아야 한다. 즉 물리적 공간개념에 대한 침범에만 적용되던 수정헌법 제4조의 영장주의 규정이 개인의 프라이버시 영역을 보호하기 위해 그 적용범위를 넓히고 있고, 새로운 과학기술의 발달로 인해 발생하는 프라이버시 보호영역과 판단기준이 변화하는 추세이고, 이에 따라 새로운 수사기법에 영장주의가 적용되는지 여부에 대한 판례가 계속 증가하고 있기 때문이다.

---

999) 김종구, 앞의 글(2018), 90면.

1000) 헌재 2018. 6. 28. 선고, 2012헌마191 등, 공보 제261호, 1108, 1116.

1001) 다만 미국에는 우리의 '강제처분'과 같은 개념이 아니라 새로운 형태의 수사방법이 수색이 해당하는지에 대한 것이 논점이었다.

1002) 하지만 미연방대법원이 우리의 개인정보자기결정권과 유사한 정보 프라이버시권(information privacy)을 확정된 판례법으로 인정하고 있다고 보기는 어렵다. 즉 미연방대법원이 정보 프라이버시권에 대한 헌법적 이익(constitutional interest in informational privacy)은 인정했지만, 헌법상 정보 프라이버시권(constitutional right to informational privacy)을 인정했는지 여부에 대해서는 이견이 있다.(이와 관련하여서는 김선희, "미국의 정보 프라이버시권과 알 권리에 관한 연구", 헌법재판연구원, 2018, 30면 이하 참조)

(2) 독일 판례의 변화

IT기술의 발달로 인한 새로운 수사기법의 발전과 국민의 기본권 제한과 관련한 독일의 가장 중요한 판례는 2008년 온라인 수색과 관련한 독일연방헌법재판소의 결정[1003]이 있다. 이 결정에 의해 소위 IT기본권이라 불리우는 정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권(das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme)이 새로운 헌법상의 기본권으로 확립되었다.

2008년의 독일연방헌법재판소(BVerfG) 판결은, 독일연방정부의 통계연감을 참조하여 보면 개인컴퓨터가 이미 독일연방 전체에 널리 보급되어 있고 그 성능(RAM과 기록의 용량 등)도 향상된 점, 개인용 컴퓨터는 항상 다양한 목적으로 사용되고 있고, 컴퓨터를 통신기기로 하는 다양한 형태에서의 이용도 가능한 점, 대부분의 사람들이 일상적으로 취급하는 많은 업무를 처리함에 있어서 항상 IT기술적 구성요소(예컨대, 주택 또는 자동차에 설치된 전기통신기기 혹은 기타의 전자기기)를 이용하고 있는 점을 지적하였다. 이에 컴퓨터는 인격의 발전에 있어서 상당히 중요한 의미를 가지고 있고, 인터넷의 이용의 급증에 수반해서 그 중요성이 한층 더 커지고 있다고 하였다[1004]. 즉, 복잡한 IT시스템의 일종인 인터넷은, 접속한 컴퓨터 이용자가 유용(有用)하고도 대량의 다양한 정보(특히, 다른 네트워크 내지 별개의 컴퓨터 단말기로부터도 검색할 수 있도록 설정된 정보)에 엑세스하는 것을 가능하게 하는 동시에, 대량의 신형(新型)의 커뮤니케이션 서비스를 자유로이 사용하는 것도 가능하게 하고 있으므로, 이용자는 서비스를 이용함으로써 적극적으로 사회적인 관계망을 구축하거나 보존·유지할 수 있을 뿐만 아니라, 고도로 복잡한 IT기술을 담은 컨버터의 기능을 통해 원격지에서의 커뮤니케이션을 종래보다 광범위하게 사용할 수 있게 되었다는 점을 강조하고 있다[1005].

이러한 점을 반영하여 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결은 온라인-수색(Online-Durchsuchung)의 합헌성을 심사함에 있어서 법적인 논의를 전개하기 위한 입론(立論)의 기초로 삼는 동시에, IT기본권의 창출이 필요하다고 보았다.

1003) BVerfGE 120, 274
1004) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.172 이하.
1005) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.176.

2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결은, 최신의 IT기술이 개인의 인격의 발전에 가능성을 제공할 수 있는 동시에 인격을 새로운 위험에 빠뜨리는 것으로도 이어진다고 지적하고 있다[1006]. 즉, IT시스템에는, 컴퓨터 이용자가 의식적으로 작성하거나 보존하는 데이터뿐만 아니라 IT시스템의 자율성에 의해 데이터 처리 프로세스 속에서 자동적으로 생성되는 이용자의 행동 내지 그 특성(속성 및 경향)에 관한 다수의 데이터도 존재하고, 또한 그들 데이터는 상호 접속한 시스템을 통해 이용하는 것이 가능한 상황에 있는 점에서[1007], 제3자가 데이터를 부정하게 취득하고 분석하면 이용자의 인격에 관한 프로파일의 형성에 이르는 것과 같은 광범위에 걸치는 귀납적 추리의 위험성이 있다고 보았다[1008]. 그리고 그와 같은 인격에 대한 새로운 위험은, 특히, 인터넷 등의 컴퓨터 네트워크에 접속한 IT시스템에 있어서 한층 심각화되고 있다고 한다[1009].

인간의 기본적인 생존에 있어서 불가결한 중요성을 가지는 IT시스템을 이용함에 있어서, 이용자의 인격에 관한 프로파일의 제3자에 의한 형성가능성이라고 하는, 인격에 대한 새로운 위험이 생길 수 있는 것이라면, 기본권으로서의 보호를 제공함으로써 새로운 위험의 발생 내지 피해의 현실화를 방지해야 할 것이다[1010]. 여기에서 말하는 '새로운 위험의 발생'이란 온라인-수색(Online-Durchsuchung)에 의해 인격상(人格像)을 완전히 해석해 버릴 가능성이 존재하고 있는 점, 바꾸어 말하면, 아직 완전히 해석되고 있지는 않지만 무엇인가의 방지조치가 취해지지 않는 한 장차 그것이 완전히 해석되어 버리는 결과에 이르는 것이 예견되는 것을 의미한다. '피해의 현실화'란 위험의 실현, 즉, 인격(人格像)이 완전히 해석되어버린 것을 의미한다. 온라인-수색(Online-Durchsuchung)의 침해성은, 그 실시에 의해 그와 같은 의미에서의 인격에 대한 새로운 위험의 발생 내지 피해의 현실화가 초래될 수 있다는 점에서 인식된다. 즉, 온라인-수색(Online-Durchsuchung)의 실시에 의해, IT시스템의 강대(強大)한 자료창고를 통해 개인의 인격에 관한 프로파일을 형성하는 것이 가능하다고 하면, 그것

1006) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.170 및 Rdn.177.
1007) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.170 및 Rdn.178 이하.
1008) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.178 이하.
1009) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.178 이하.
1010) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.200 이하.

에 의해 '사생활 형성의 핵심영역에 있어서의 개인 인격의 발현(individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung)'이라고 하는 인격권의 가장 핵심적인 부분이 침해된다는 것이다[1011].

이상과 같이, 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결은, IT기본권의 필요성을, 인간의 생존에 있어서 필요불가결한 인프라라고 할 수 있는 IT시스템을 이용함에 있어서 생길 수 있는, 개인의 인격에 관한 완전한 프로파일이 형성될 우려 및 그것에 의해 초래되는 '사생활 형성의 핵심영역에 있어서의 개인 인격의 발현'에 대한 침해에 대항하는 점에서 찾고 있다. 독일 연방헌법재판소(BVerfG)는 종래의 판례에서, 미국에서 논해지고 있는 '프라이버시 영역의 보호(장소에 관한 프라이버시의 권리)'에 상응하는 것으로서, '사적(私的) 영역의 보호에 관한 보장(Gewährleistungen des Schutzes der Privatsphäre)'을 제시해 왔다[1012]. 이는 일반적 인격권이 사적(私的) 영역을 보장하고 있다는 이해로부터 도출되어온 것이다[1013]. 그리고 일반적 인격권의 구체화로서, 프라이버시에 기본권으로서의 보장을 제공하는 이론을 일컬어 '프라이버시 영역의 이론'이라고 할 수 있다. 2008년의 독일 연방헌법재판소(BVerfG) 판결은, IT시스템에는 이용자가 의식적으로 만들어낸 데이터뿐만 아니라 컴퓨터의 자율적 처리의 과정에 의해 산출되는 데이터도 존재하고 있는 점에서, 온라인-수색(Online-Durchsuchung)으로부터 보호할 필요가 있는 데이터는 이용자의 프라이버시 영역에 관한 데이터에 한정되지 않기 때문에, 종래의 프라이버시 영역의 이론에 의해서는 인격에 대한 새로운 위험의 발생 내지 피해의 현실화를 막는 것은 불가능하다고 보았다[1014]. 즉, 프라이버시에 관한 데이터와 그렇지 않은 데이터의 분류는 항상 IT시스템에 있어서의 '문맥(Kontext)' - IT시스템을 이용하는 이용자의 위치, 용건, 상황 및 그 관련성 등에 관한 개별적 사정 - 에 의존하며 변동할 수 있는 것이기 때문에,

---

1011) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.144, Rdn.167, Rdn.173 및 Rdn.179.

1012) BVerfG, Urteil vom 16. 01. 1957 - 1 BvR 253/56; BVerfG, Urteil vom 15. 01. 1970 - 1 BvR 13/68; BVerfG, Urteil vom 24. 05. 1977 - 2 BvR 988/75; BVerfG, Urteil vom 26. 04. 1994 - 1 BvR 1689/88; BVerfG, Urteil vom 15. 12. 1999 - 1 BvR 653/96.

1013) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.170 및 Rdn.196 이하. 또한, W. Schmitt Glaeser, 'Schutz der Privatsphäre', in: J. Isensee & P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.Ⅵ, 1989, p.58; J. Wintrich, Die Problematik der Grundrechte, 1957, p.15 이하 참조.

1014) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.197.

어떤 데이터가 어떠한 의미를 가지는지 그리고 당해 데이터가 나아가 다른 '문맥(Kontext)'에 편입될 가능성을 가지는 경우에, 그 데이터의 속성이 어떻게 변화하는지를, 침입을 당한 대상자가 사전(事前)에 예상할 수 없다는 것이다[1015]. 또한, 시스템에의 침입에 의해 필연적으로, 프라이버시에 관한 데이터뿐만 아니라 모든 데이터의 취득이 행해질 수 있으므로, 시스템 이용자의 인격상(人格像)까지 해명되는 결과가 될 수 있다는 것이다[1016].

한편, 2008년의 독일 연방헌법재판소(BVerfG) 판결에 따르면, 정보자기결정권은, 프라이버시 영역의 이론과 마찬가지로, 내밀한 사적(私的) 정보를 보호의 대상으로 하고 있는 것이기는 하지만 특정 영역을 지키는 것이 아니라 국가 내지 사인(私人)에 의한 내밀한 사적(私的) 정보의 징수·조사 내지 분석·이용을 막는 기능을 가지는 것이다[1017]. IT시스템 이외의 경우라면, 정보자기결정권에 의해 대상자의 일정한 은밀한 행동에 관한 이익을 충분히 보호할 수 있다고 한다[1018]. 그런데 IT시스템에 있어서는, 앞서 말한 것처럼, 프라이버시에 관한 정보(사적(私的) 데이터)와 그 이외의 정보를 구별하는 것은 원리적으로 곤란하기 때문에, 정보자기결정권은, 프라이버시 영역의 이론과 마찬가지로, 내밀한 사적(私的) 정보를 보호대상으로 하는 한에 있어서는, 온라인-수색(Online-Durchsuchung)에 의한 인격에 대한 새로운 위험의 발생 내지 피해의 현실화를 충분히 막을 수 없다고 한다[1019].

또한, 정보자기결정권에 의한 보호를 받음에는, 정부가 스스로 광범위한 데이터 징수 및 데이터 처리(가공(加工)·분석·조합(照合) 등)의 처분을 하는 것이 필요하게 되는 바, 온라인-수색(Online-Durchsuchung)에 있어서는 정부에 의한 처분이 행해지지 않는다[1020]. 개인은 인격의 발전을 위해 IT시스템을 이용할 필요가 있으며, 그것을 위해 개인정보를 시스템의 처리에 맡기지 않을 수 없고 그 이용과정에 있어서 다른 데이터도 시스템의 자율작용에 의해 생성되기 때문에, 정부가 스스로 광범위한 데이터 수집 및 처리의 처분을 행할 필요는 없고, 오늘날의 정보사회에 있어서의 IT시스템

1015) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.197.
1016) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.197.
1017) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.198.
1018) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.202.
1019) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.197.
1020) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.200.

의 일상적인 이용 및 상업적인 발전에 의해 자연히 결성된 성과를 이용하는 정도로 족하기 때문이다[1021]. 그 때문에 정부에 의한 광범위한 데이터 징수 및 처리의 처분을 필요로 하는 온라인-수색(Online-Durchsuchung)은 정보자기결정권의 보호범위를 벗어나버리게 되는 것이다[1022].

종래의 판례에 의하면[1023], 정보자기결정권이란 '개별 데이터의 징수 내지 수집'으로부터 대상자를 보호하는 것이다[1024]. 이에 대해, 온라인-수색(Online-Durchsuchung)의 방법은, 정보기술시스템의 전체에 침입하고 거기에 장치(蔵置)된 모든 데이터를 대상으로 하는 것이며, 그 침입성은 개별 데이터의 징수 및 수집의 경우보다도 훨씬 중대하기 때문에, 종래의 정보자기결정권에 의해서는 온라인-수색(Online-Durchsuchung)에 의해 초래되는 인격에 대한 새로운 위험의 발생 내지 피해의 현실화의 리스크에 충분히 대응할 수 없다고 한다[1025].

한편, 라스터-수사(Rasterfahndung)에 대한 연방헌법재판소(BVerfG)의 판결의 의의를 고찰해 보면, 독일 연방헌법재판소(BVerfG)는 2006년에 라스터-수사(Rasterfahndung)에 대한 판결을 내린 바 있다[1026]. 노르트라인-베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen) 주(州)의 「경찰법(Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen)」 제31조 및 이에 근거하는 라스터-수사(Rasterfahndung)의 합헌성이 다투어진 사건에서, 독일 연방헌법재판소(BVerfG)는, 헌법상 허용되는 수사방식으로서의 라스터-수사(Rasterfahndung)가 개시되기 위한 법률적 요건으로서의 '위험'의 정도(程度)에 관해, 장차 발생할 것으로 예상되는 손해의 정도(程度)가 크면 클수록 개입을 위해 요구되는 위험의 정도(程度)는 그만큼 적어도 된다는 이른바 'je-desto 공식'을 전제로 해서, 노르트라인-베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen) 주(州)의 「경찰법(Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen)」 제31조가 기준으로 하고 있는 '현재의 위험

1021) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.200.
1022) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.200.
1023) BVerfG, Urteil vom 15. 12. 1983 - 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83 und 1 BvR 269/83; BVerfG, Urteil vom 11. 06. 1991 - 1 BvR 239/90.
1024) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.198 및 Rdn.200.
1025) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.197 이하 및 Rdn.231 이하. 또한, Burkhard Schröder & Claudia Schröder, Die Online-Durchsuchung: Rechtliche Grundlagen, Technik, Medienecho, 2008, p.107 참조.
1026) BVerfG, 04. 04. 2006 - 1 BvR 518/02.

(gegenwärtige Gefahr)'까지 요구되는 것이 아니라 '손해발생의 충분한 개연성 내지 개연성을 예측케 하는 구체적인 사실적 기초로서의 구체적인 위험(konkrete Gefahr)'의 기준을 만족하고 있으면 협의의 비례성 심사를 충족하는 것이라고 판시한 것이다[1027].라스터-수사(Rasterfahndung)에 대한 독일 연방헌법재판소(BVerfG)의 판결에 대해서는 라스터-수사(Rasterfahndung)를 비판하는 입장에서뿐만 아니라 이를 추진하는 입장에서도 비판이 있었다. 그런데 2001년 이후의 테러대책 관련 입법의 과정에 미친 영향이라는 관점에서 그 판결에는 두 가지의 큰 의의가 있다고 본다. 하나는, 라스터-수사(Rasterfahndung)의 한계를 명확히 하고, 종래 격차가 있어서는 각 주(州)의 경찰법에서의 라스터-수사(Rasterfahndung)의 기준을 연방 전체로 통일화하기에 이른 것이다. '현재의 위험(gegenwärtige Gefahr)'보다도 절박성이 낮은 '구체적인 위험(konkrete Gefahr)'이 요구된다는 합헌성 기준의 당부(當否)에 관해서는 논의가 있는 바인데, 적어도 그 판결에 의해 라스터-수사(Rasterfahndung)는 「기본법(Grundgesetz)」과의 관계에서 수사방법으로서의 위치를 가지게 되었고, 예방적 경찰활동이 허용되기 위한 기준이 연방의 차원에서 입법에 반영되었다고 할 수 있을 것이다.

다른 하나는, 정보수집활동에 대한 의회에 의한 규제라고 하는 관점이 「기본법(Grundgesetz)」상 명확하게 된 것이다. '구체적인 위험(konkrete Gefahr)'의 요건은 어디까지나 수사의 대상이 되는 행위에 의해 생기는 피해의 크기에 의거하는 것이며, 그 수사대상의 범위에 관한 언급이 아니라 실제의 라스터-수사(Rasterfahndung)에서도 국적이나 연령과 같은 극히 일반적인 데이터에 대한 수사가 행해져 왔다. 그와 같은 경우에는, 수사대상의 범위가 계속해서 광범위하게 확대되고 기본권을 부당하게 침해할 우려가 있는 것이다. 광범위한 정보수집활동에 대한 규제를 행하는 것을 하나의 역할로 하는 의회통제위원회(Parlamentarisches Kontrollgremium)에 「기본법(Grundgesetz)」상의 지위를 부여한 것은, 라스터-수사(Rasterfahndung)에 대한 독일 연방헌법재판소(BVerfG)의 판결과 관련해서 보면, 정보수집활동을 「기본법(Grundgesetz)」의 취지에 따라 통제하기 위한 하나의 수단으로 기능하는 것이라고 파악할 수 있을 것이다.

1027) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 115, p.362.

(3) 한국 판례의 변화

우리 헌법재판소는 일관되게 직접적으로 물리적 강제력을 수반하는 강제처분에 영장주의가 적용된다고 판시하고 있다. 이에 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하는 경우[1028], 상대방의 자발적 협조를 전제로 하여 물리적 강제력을 수반하지 아니하고, 요구에 응하지 않는 경우, 형벌에 의한 불이익이라는 심리적, 간접적 강제수단을 이용하는 경우[1029]에는 영장주의가 적용되지 않는다.

하지만 이명박 대통령후보 특검사건(소위 BBK 사건)[1030]의 경우 5인의 위헌의견은 "참고인에 대한 동행명령제도는 참고인의 신체의 자유를 사실상 억압하여 일정 장소로 인치하는 것과 실질적으로 같으므로 헌법 제12조 제3항이 정한 영장주의 원칙이 적용되어야 한다고 보았다. 그럼에도 불구하고 법관이 아닌 특별검사가 동행명령장을 발부하도록 하고 정당한 사유 없이 이를 거부한 경우 벌금형에 처하도록 함으로써, 실질적으로는 참고인의 신체의 자유를 침해하여 지정된 장소에 인치하는 것과 마찬가지의 결과가 나타나도록 규정한 이 사건 동행명령조항은 영장주의원칙을 규정한 헌법 제12조 제3항에 위반"한다고 판시하여 위의 판례와 다른 견해를 제시하였다.

또한 2인의 재판관만이 전통의 직접적이고 현실적인 강제력을 강조하면서 "신체의 자유와 관련한 헌법상 영장주의는 '신체에 대해 직접적이고 현실적인 강제력이 행사되는 경우'에 적용되는 것으로 보아야 하므로, 이 사건 동행명령조항은 동행명령을 거부하는 참고인에 대해 직접적이고 현실적인 강제력을 행사할 수 있다는 것을 규정한 것이 아니라 동행명령을 거부할 정당한 사유가 없는 참고인에 대하여 지정된 장소에 출석할 의무를 부과하고 벌금형이라는 제재를 수단으로 하여 그 출석의무의 이행

1028) 대표적으로 수사기관이 통신사업자에게 고객의 통신자료를 요구하여 취득한 것(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439); 수사기관이 국민건강보험공단에게 요양급여내역의 제공을 요청한 행위(헌재 2018. 8. 30. 2014헌마368); 행정청이 수사기관에 개인정보를 제공한 행위(사실조회 행위)(헌재 2018. 8. 30. 2016헌마483) 등. 위 사례는 직접 개인에게 정보의 제공을 청구한 것이 아니라, 이미 제3자에 의해 수집되어 보관되어 있는 정보의 수집과 이용에 관한 사건으로 헌법재판소는 이러한 협조에 의한 정보의 제공은 강제수사가 아닌 임의수사로 보고 있다. 다만 마지막 두 사례의 경우 수사에 의해 제한되는 기본권으로, 즉 형량의 대상으로 개인정보자기결정권이 거론되었다는 점이 주목할 만 하다.

1029) 각급선거관리위원회 위원·직원의 선거범죄 조사에 있어서 피조사자에게 자료제출요구를 하는 것(헌재 2019. 9. 26. 2016헌바381); 지문채취(헌재 2004. 9. 23. 2002헌가17 등); 소변강제채취(헌재 2006. 7. 27. 2005헌마277); 음주측정(헌재 1997. 3. 27. 96헌가11) 등 대상자들의 협력이 필수적이어서 강제처분이라고 할 수 없다고 판단하였다.

1030) 헌재 2008. 1. 10. 2007헌마1468.

을 심리적·간접적으로 강제하는 것이어서, 영장주의의 적용대상이 될 수 없다."는 의견을 개진하였다. 다만 영장주의 적용대상에 대한 변경된 의견이 5인에 불과하기 때문에 헌법재판소법 제23조 제2호의 판례변경을 위한 정족수를 충족했다고 보기 어려우므로 헌법재판소의 견해가 공식적으로 변경되었다고 할 수는 없을 것이다. 따라서 계속해서 상대방의 자발적 협조가 필요한 경우에는 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다.[1031]

새롭게 등장한 수사기법에 대한 영장주의 적용여부와 관련하여 앞에서 잠깐 살펴보았지만, 헌법재판소는 2018년에 두 건의 중요한 결정을 선고하였다. 둘 다 통신사실확인자료의 요청과 제공에 관한 사건, 특히 위치정보를 이용한 수사와 관련한 사안인데 우리 헌법재판소는 이를 발신기지국의 위치추적자료에 대한 사건[1032]과 기지국 수사[1033]를 구분하여 판시하였다. 전자의 경우 수사기관이 수사 또는 체포영장 집행과정에서 법원의 허가를 얻은 후, 정보통신망에 접속되어 있거나, 인터넷을 사용하기 위해 정보통신망에 접속하는 정보통신기기의 위치의 확인이 가능한 발신기지국에게 위치추적자료를 요청하여 제공받은 사건 -휴대폰의 사용을 통한 위치추적 방법-발신기지국 접속 정보를 통한 위치추적-이고, 후자의 경우 수사를 위해 법원의 허가를 얻어 일정시간 특정 기지국을 통해 착신 및 발신한 전화번호, 착신 및 발신 시간, 통화시간, 수신 및 발신 번호 등의 통신사실 확인자료 제공을 요청하여 659명의 통신사실확인자료를 제공받을 수 있는, 사건-특정 기지국의 서비스 범위 내의 모든 이용자들의 통신내역과 위치정보를 일괄 제공받는 기지국 수사-이다. 결론적으로는 둘 다 과잉금지원칙의 위반으로, 청구인들의 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해한다고 판단, 헌법불합치 결정이 내려졌으나,[1034] 영장주의와 관련하여서는 영장주의에

1031) 같은 의견으로 김해원, "헌법상 적법절차원칙과 영장주의 – 문재인 정권의 공법적 과제와 관련하여 -", 공법학연구, 제18권 제3호, 2017, 68면 각주 34.

1032) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등

1033) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538

1034) 다만 헌법상 기본권과 관련하여 두 판례에서는 "사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 제18조에서 별도의 기본권으로 보장하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 청구인의 통신의 자유를 침해하는지를 판단하는 이상 사생활의 비밀과 자유 침해 여부에 관하여는 별도로 판단하지 아니한다."고 판시하면서(헌재 2010. 12. 28. 2009헌가30 참고) 수사를 통해 침해되는 기본권으로 개인정보자기결정권과 통신의 자유만을 심사하고 사생활의 비밀과 자유에 대해서는 심사하지 아니한 아쉬움이 있다. 같은 해의 인터넷회선 감청(패킷감청) 사건에서는 이와는 달리 사생활에 대한 권리도 심사하였다. (헌재 2018. 8. 30. 2016헌마263)

위배되지 않는다고 판시하였다.

일단 헌법재판소는 통신사실확인자료의 요청은 "법원의 허가를 받으면, 해당 가입자의 동의나 승낙을 얻지 아니하고도 제3자인 전기통신사업자에게 해당 가입자에 관한 통신사실확인자료의 제공을 요청할 수 있도록 하는 수사방법이므로, 통신비밀보호법이 규정하는 강제처분에 해당"[1035], 또는 "수사 또는 내사의 대상이 된 가입자 등의 동의나 승낙을 얻지 아니하고도 공공기관이 아닌 전기통신사업자를 상대로 이루어지는 것으로 통신비밀보호법이 정한 수사기관의 강제처분"[1036]이라고 하여 강제처분에 해당하기 때문에 헌법상 영장주의가 적용된다고 판단하였다.[1037] 하지만 헌법재판소는 "영장주의의 본질을 수사기관의 강제처분은 인적·물적 독립을 보장받는 중립적인 법관의 구체적 판단을 거쳐야만 한다는 데에 있다"[1038]고 보고, 이에 의하면 통신비밀보호법이 정하는 방식에 따라 법원의 허가를 받도록 하고 있기 때문에 영장주의에 위배되지 않는다고 판단하였다. 즉 법원의 허가를 실질적 영장으로 보고 있는 것이다. 이는 앞서 살펴본 미연방대법원의 Carpenter 사례와 비교가 된다.

이 외에 2018년에 선고된 헌법재판소 결정 중에 중요한 판결이 소위 패킷감청 판결이다.[1039] 인터넷 회선의 패킷감청(인터넷회선감청은 새롭게 등장한 수사기법으로서, 인터넷 회선에 흐르는 전기신호 형태의 '패킷[1040]'을 중간 확보한 후, 재조합하여 내용을 파악하는 방식)에 대한 것으로 실무상 범죄수사를 위한 통신제한조치의 하나로 행해져 왔다. 인터넷회선 감청은 "법원의 허가를 받으면 감청대상자나 해당 인터넷회선의 가입자의 동의나 승낙을 얻지 아니하고도, 전기통신사업자의 협조를 통해 해당 인터넷회선을 통해 송·수신되는 전기통신에 대해 감청을 집행함으로써 정보주체의 기본권을 제한할 수 있으므로, 법이 정한 강제처분에 해당한다"[1041]는 것이 판례의 입장이다. 여기서 제한되는 기본권은 통신의 자유와 사생활에 대한 권리

1035) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538
1036) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등
1037) 다만 이와 관련하여 통신자료취득행위와 관련한 헌법재판소의 판례(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439)와의 비교검토가 필요하다.
1038) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538
1039) 헌재 2018. 8. 30. 2016헌마263
1040) '패킷'은 인터넷 상에서 신속하고 효율적으로 다량의 정보를 전송하기 위해, 일정한 단위로 쪼개어 포장된 최적·최소화된 데이터 단위를 일컫는다.
1041) 2018. 8. 30. 2016헌마263 494면 이하.

이다. 다만, 이 결정에서는'영장주의란 수사기관이 강제처분을 함에 있어 중립적 기관인 법원의 허가를 얻어야 함을 의미하는 것이고, 수사행위를 통한 기본권 침해의 정당성 심사(과잉금지원칙 위반여부)에 대해 판단하는 이상, 영장주의 위반 여부에 대해서는 별도로 판단하지 않는다'[1042]고 하여 영장주의에 위배되는지에 대해서는 논의하지 않았다. 즉 과잉금지원칙 심사에 영장주의 위반여부를 같이 판단한 것이다.

이상 새로운 수사기법의 발달로 인한 기본권 침해 사례와 영장주의 적용 여부에 대한 헌법재판소의 주요한 판례들을 살펴보았다. 요약하면, 영장주의에 위배되는지 여부에 대해서 우리 헌법재판소는 심각한 논의는 하지 않았고, 오히려 강제수사로 침해되는 기본권의 정당화 심사에 주력하면서, 영장주의 심사를 같이하고자 하는 경향을 보이고 있는 것을 확인할 수 있었다.

3. 새로운 수사기법에 대한 영장주의 적용에 관한 헌법적 검토

가. 영장주의 적용범위의 확대 가능성

우리 헌법은 제12조와 제16조에서 영장주의가 적용되는 범위를 '체포 · 구속 · 압수 또는 수색'과 '주거에 대한 압수나 수색'으로 한정하고 있다. 이에 대하여 이를 열거규정으로 볼 것인지, 예시규정으로 보아야 하는지에 대한 논의가 있다.

예전의 헌법재판소는 이를 좁게 해석하는 듯 한 결정을 내린 바 있다. 1997년 형사소송법과 관련된 사건에서 영장주의에 대해 설명하면서 "영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다."고 판시하여, 마치 신체의 자유를 침해하는 강제처분에만 영장주의가 적용되는 듯한 판결을 하였다.[1043] 대법원도 이와 유사한 논리로 판시한 바 있다.[1044] 또한 영장주의가 적용되는 강제수사의 판단기준으로 직접적인 물리력의 강제행사가 중요한 표지였다.[1045]

1042) 2018. 8. 30. 2016헌마263 496면 이하.

1043) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등

1044) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115; 사전영장주의와 관련한 내용에 대하여 판시하면서 '사전영장주의는 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리이기 때문에 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 존중되어야 할 것'이라고 인신의 자유 제한으로 국한하는 듯한 판결을 내린바 있다.

최근의 헌법재판소 판결에서는 이와는 다르게 영장주의를 확대하여 해석하고 있다. 2018년 두 건의 결정[1046]에서 '헌법상 영장주의의 본질은 체포·구속·압수·수색 등 기본권을 제한하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐야 한다는 데에 있다.'[1047]고 하면서, '기지국 수사를 허용하는 통신사실 확인자료 제공요청은 법원의 허가를 받으면, 해당 가입자의 동의나 승낙을 얻지 아니하고도 제3자인 전기통신사업자에게 해당 가입자에 관한 통신사실 확인자료의 제공을 요청할 수 있도록 하는 수사방법으로, 통신비밀보호법이 규정하는 강제처분에 해당하므로 헌법상 영장주의가 적용된다.'[1048], 그리고 '통신사실 확인자료 제공요청은 수사 또는 내사의 대상이 된 가입자 등의 동의나 승낙을 얻지 아니하고도 공공기관이 아닌 전기통신사업자를 상대로 이루어지는 것으로 통신비밀보호법이 정한 수사기관의 강제처분이다. 이러한 통신사실 확인자료 제공요청과 관련된 수사기관의 권한남용 및 그로 인한 정보주체의 기본권 침해를 방지하기 위해서는 법원의 통제를 받을 필요가 있으므로, 통신사실 확인자료 제공요청에는 헌법상 영장주의가 적용된다'[1049]고 판시하여 헌법상 영장주의가 사생활의 보호, 개인정보자기결정권, 통신의 자유의 침해의 경우에도 적용될 수 있음을 설시하였다. 헌법재판소는 이러한 일련의 결정을 통해 또한 헌법상 영장주의가 적용되는 수사기관의 강제처분의 범위도 확대하고 있다.[1050] 즉 직접적이고 물리적인 강제력의 행사가 아닌 임의수사[1051]에까지 영장주의의 적용을 확대하고 있는 것이다. 현실적인 측면에서는 이러한 영장주의 적용 범위의 확대는 기술의 발달로 새로운 범죄유형이 발생하고, 또한 새로운 수사기법이 계속 개발되는 현실에서는 당연한 귀결이라고도 할 수 있을 것이다. 특히 물리적 실체를 가지고 있지 아니하고, 물리적으로 존재한다고 보기 어려운[1052] 정보에 대한 압수, 수색과 관련하여서 이러

1045) 헌재 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 등 위에서 설명하였다.

1046) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538; 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191, 550(병합), 2014헌마357(병합)

1047) 2018. 6. 28. 2012헌마538 607면 이하.

1048) 2018. 6. 28. 2012헌마538 608면 이하.

1049) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2012헌마191, 550(병합), 2014헌마357(병합) 전원재판부 결정 [통신비밀보호법 제2조 제11호 바목 등 위헌확인, 통신비밀보호법 제2조 제11호 등 위헌확인]

1050) 이는 일응 국민의 기본권을 더 두텁게 보장하는 긍정적인 것으로 해석될 수도 있겠으나, 이의 허용을 영장이 아닌 법원의 허가에 의해 가능하도록 함으로써 이에 대한 해석을 요한다. 이에 대하여서는 후술하도록 한다.

1051) 전기통신사업자에대한 '요청'이 임의수사인지 여부에 관해서는 앞에서 설명한 바와 같다.

한 논의가 필수적이다. 하지만 규범적이 측면에서 헌법상 영장주의의 확대는 다시 한 번 검토될 필요가 있다.

이 외에도 현행 형사소송법 제215조에 압수, 수색 이외에 헌법에서 규정하고 있지 않은 검증에도 영장을 요구하고 있다는 점에 근거하여 헌법에 규정된 영장을 요하는 강제수사의 방법으로서의 체포·구속·압수·수색은 예시적이라는 견해도 있다.[1053] 이에 반하여 통신비밀보호법이 정하고 있는 감청은 헌법 제12조 제3항에서 정하는 체포·구속·압수·수색에 해당하지 않기 때문에 감청에는 이 조항이 적용되지 않는다는 견해도 있다.[1054]

요컨대, 신체나 주거에 대한 기본권 이외에 통신의 자유, 사생활의 보호, 개인정보 자기결정권의 보호를 위해 헌법상의 영장주의가 적용될 필요성이 있음은 인정된다고 할 것이다. 문제는 헌법에는 규정되지 않은 강제수사에 헌법상 영장주의의 적용에 관한 것이다. 위에서 살펴본 미국의 판례를 보면, 수색의 정의 혹은 적용범위를 점차 확대하는 방법으로 이를 해결하는 것으로 해석될 수 있을 것이다. 문제가 된 사례에서 새로운 수사방법이 수색에 해당하는지 여부가 중요한 논점이 되었기 때문이다. 이러한 미국의 판례들은 우리에게 시사하는 바가 크다. 즉 우리의 경우도 헌법 규정을 예시규정으로 파악하여 헌법에 명문으로 규정되지 않은 수사방법들에 헌법상 영장제도의 적용범위를 확대하는 방법보다는, 수색의 해석을 넓게 하는 방법, 또는 법률상 영장제도의 개념을 생각해 볼 수 있을 것이다. 즉 헌법상 영장주의는 헌법이 규정하는 체포·구속·압수·수색에 적용하고, 이들 이외의 수사기관에 의한 강제처분의 경우 법률상의 영장주의를 통해 헌법상 영장주의와 유사한 효과를 발생하도록 하는 것이다. 위에서 살펴본 형사소송법상의 검증, 통신비밀보호법상의 여러 수사기법들에 헌법상 영장주의를 적용하는 것이 어렵다면, 영장주의의 의의와 헌법상 적법절차원칙에 의해 법률상 영장주의를 도출해 낼 수 있을 것이고, 이의 적용을 강제하는 방법이 있겠다.

1052) 어찌되었든 저장매체의 일부를 구성하고 있으므로 이러한 표현을 쓸 수밖에 없지만, 정보만 수집하는 것이지 정보가 들어있는 저장매체를 압수, 수색하는 것이 아니므로 전통적 의미에서 이를 설명하기 어려운 것이 사실이다.

1053) 차진아, “통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항 등의 합헌성 여부에 대한 검토 - 헌재 2012헌마191등 헌법소원심판청구 사건에 대한 검토를 중심으로 -,”, 법조 제66권 제4호, 법조협회, 2017, 246면.

1054) 정종섭, 『헌법학원론』제12판, 박영사, 2018, 535면.

사실상 어느 방법에 의하던 국민의 기본권 보장이라는 측면에서 그 효과는 유사하다고 할 수 있겠으나, 후술할 영장과 법원의 허가와 관련하여서는 논의 방향이 달라질 수 있을 것이다.[1055]

나. 강제수사에 대한 영장과 법원 허가의 차이

강제처분이라고 하든, 강제수사라고 하든, 영장을 요하는 처분[1056]이라고 하든 그 명칭과 관계없이 국민의 기본권을 제한하는 국가의 강제력 혹은 공권력의 행사에 대해서 우리 헌법은 영장을 제시하도록 규정하고 있다. 헌법 규정은 "체포 · 구속 · 압수 또는 수색을 할 때", 그리고 "주거에 대한 압수나 수색을 할 때" 라고 규정하고 있지만 헌법재판소의 판례에 따르면 이 조항이 열거조항이 아닌 예시조항으로 해석될 여지를 남겨두었다. 즉 "체포·구속·압수·수색 등 기본권을 제한하는 강제처분"에 영장이 필요하다고 설시하였다.[1057] 새로운 기술의 발달로 이를 이용한 새로운 수사기법이 전통적 의미의 체포 · 구속 · 압수 · 수색에 해당하는지 여부가 늘 논란이 되고, 이를 적용하는 것도 불확실해지는 상황을 고려하였을 때, 이는 국민의 기본권 보장이라는 측면에서는 바람직하다고 할 것이다.

하지만 이 판결에서 헌법재판소는 " 청구인들은 위치정보 추적자료 제공요청이 실질적으로 압수·수색과 동일함에도 이 사건 허가조항은 위치정보 추적자료 제공요청의 경우에는 압수·수색과 달리 법원의 허가만으로 가능하도록 함으로써 양자를 합리적 이유 없이 차별하여 청구인들의 평등권을 침해한다고 주장한다. 그러나 위 주장은 이 사건 허가조항이 영장주의에 위배됨을 다투는 것과 실질적으로 동일하므로, 영장주의 위배 여부를 살펴보는 이상 별도로 판단하지 아니한다."라고 하여 법원의 허가와 영장주의를 동일하다고 판단하고 있다. 이에 대하여 논의를 할 필요가 있다.

1055) 이와 유사한 견해로 황성기, "현행 통신비밀 보호법제의 헌법적 문제점", 언론과 법, 제14권 제1호, 2015, 14면; 이 글에서 황성기 교수는 헌법에 명시적으로 요청되지 않은 통신비밀보호법에 영장주의를 도입한 이유에 대해 형사절차에 의해 침해될 수 있는 기본권에 통신의 비밀보호도 포함된다고 입법자가 고려하여 신체의 자유 및 주거의 자유에 대한 영장주의라고 하는 헌법적 명제에 준하는 정도로 입법자가 결단한 것이라고 평가하고 있다.

1056) 헌법재판소의 판례에 의하면 강제처분이라는 용어가 현재는 더 이상 적당하지 않다는 판단하에 '영장을 요하는 처분'이라는 개념을 제시하는 견해도 있다.(김종현, "영장주의에 관한 헌법적 연구", 헌법재판연구원, 2019, 76면)

1057) 헌재 2018. 6. 28. 선고 2012헌마191, 550(병합), 2014헌마357(병합)

헌법상 영장주의를 두는 이유와 그 본질은 앞서 설명한 바와 같다. 즉 헌법상의 영장주의는 국가의 강제처분에 의해 국민의 기본권이 제한(침해)되는 경우 공익과 개인의 이익을 비교형량하여 중립적인 기관의 구체적 판단을 거치도록 하여 국민의 기본권 제한이 과잉되지 않도록, 즉 이러한 기본권 제한이 헌법적 정당화 과정을 통해 정당화되어야 함을 헌법이 특별히 보장하는 것에 그 본질이 있다고 해석될 수 있을 것이다. 이러한 측면에서 헌법재판소가 판시한 바와 같이 "입법자는 수사기관의 강제처분에 관한 법률을 제정함에 있어, 헌법 제12조 제3항을 준수하는 범위 내에서 해당 강제처분의 특수성, 그 강제처분과 관련된 우리 사회의 법 현실, 국민의 법 감정 등을 종합적으로 고려해 정책적인 선택[1058]"을 할 수 있도록 입법으로 형성할 자유가 보장되어 있다. 따라서 입법자는 헌법상 영장주의가 적용되지 않아도 될 국가의 공권력 행사에도 국민의 기본권을 더 두텁게 보장하기 위해 영장을 발부받을 것을 혹은 허가를 받을 것을 내용으로 하는 법률을 제정할 수 있는 것이다. 이러한 경우는 헌법상 영장주의의 위반이라고 볼 수 없을 것이다. 왜냐하면 이 경우는 헌법상 영장주의의 문제가 아니라 법률상의 영장주의의 문제이기 때문이다.[1059] 문제는 헌법에서 영장주의를 명시적으로 규정하고 있음에도 불구하고 입법자가 영장이 아닌 허가나 승인을 받도록 규정한 경우가 문제된다. 이 경우 헌법상 영장주의를 따르는 것인지, 혹은 헌법상 영장주의가 지켜지지 않은 것인지가 불분명하기 때문이다. 즉'영장의 발부와 법원의 허가가 같은 것인가'하는 문제가 발생하게 된다.

예를 들어 위 판결에서 문제가 되었던 통신비밀보호법 제6조에 의하면 검사는 일정 요건이 구비된 경우 법원에 통신제한조치를 허가하여 줄 것을 청구하고, 법원은 청구가 이유가 있다고 인정하는 경우 이를 허가하고 허가서를 발부하도록 하고 있다. 만약 통신제한조치를 헌법에서 규정하는 체포·구속·압수 또는 수색의 강제수사로 인정하는 경우 이 규정은 헌법상 영장주의에 비추어 해석되어져야 할 것이고, 체포·구속·압수·수색에 해당하지 않는 수사라고 이해하게 되면 이는 다르게 해석될 수 있을 것이다. 앞서 헌법상 영장주의를 요하는 강제수사의 범위에 대해 살펴보았듯이

1058) 헌재 2018. 6. 28. 선고 2012헌마538

1059) 즉 헌법상의 영장주의와 법률상의 영장주의의 문제로 나누어 살펴볼 필요가 있다.(비슷한 견해로, 이완규,"헌법상 영장주의 규정의 체계와 적용범위", 형사판례연구, 제25권, 한국형사판례연구회, 2017, 544면; 김종현, "영장주의에 관한 헌법적 연구", 헌법재판연구원, 2019, 48면.)

새로운 형태의 수사기법이 국민의 기본권을 심각하게 제한하는 강제수사에 해당한다고 판단하게 되면 체포 · 구속 · 압수 · 수색에 해당하는지에 상관없이 강제수사의 범위를 넓게 해석하여 영장주의가 적용되는 것으로, 또는 수색 등의 개념을 넓게 해석하여 새로운 수사기법이 이 유형에 포섭되는 것으로 해석하여 영장주의가 적용되는 것으로 해석할 수 있을 것이다. 만약 통신제한조치(법 제3조에 의하면 서신의 검열, 통신의 감청이 이에 해당)가 국민의 기본권을 심각하게 침해할 가능성이 있으면 이를 헌법상 영장주의가 적용되는 강제수사로 포섭하든지, 아니면 입법자가 입법을 통해 법률상 영장주의를 실현하여야 할 것이다.

헌법상 영장주의가 적용되어야 한다면, 영장이 발부되어야 하는 것인지 아니면 이와 유사한 법원의 허가나 명령, 또는 승인이 있으면 되는 것인지에 대해 살펴보아야 한다. 위에서 살펴본 바와 같이 우리 헌법재판소는 이를 실질적으로 동일한 것으로 파악하고 있다. 대법원도 음주운전 조사과정에서 혈액을 채취한 사건에서 "수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 운전자의 동의 없이 그 혈액을 취득·보관하는 행위는 형사소송법상 '감정에 필요한 처분' 또는 '압수'로서 법원의 감정처분허가장이나 압수영장이 있어야 가능하고, 다만 음주운전 중 교통사고를 야기한 후 운전자가 의식불명 상태에 빠져 있는 등으로 호흡조사에 의한 음주측정이 불가능하고 채혈에 대한 동의를 받을 수도 없으며 법원으로부터 감정처분허가장이나 사전 압수영장을 발부받을 시간적 여유도 없는 긴급한 상황이 발생한 경우에는 수사기관은 예외적인 요건 하에 음주운전 범죄의 증거 수집을 위하여 운전자의 동의나 사전 영장 없이 혈액을 채취하여 압수할 수 있으나 이 경우에도 형사소송법에 따라 사후에 지체 없이 법원으로부터 압수영장을 받아야 한다"라고 하여 법원의 감정처분허가장을 영장과 유사한 것으로 파악하고 있는 것으로 해석된다.[1060] 학계의 논의에서도 헌법상 영장주의에 대한 규정을 예시로 보아야 하고, 따라서 법원의 허가를 통해 사실상 법관유보의 성격-본질상 영장과 다르지 않은-을 갖도록 하고 오남용을 통제할 수 있는 장치를 두는 경우 사실상 영장제도와 다르지 않다고 보는 견해, 즉 법원의 허가는 영장과 본질적으로 동일하다고 보는 견해[1061]와 수사기관이 법원의 허가장을 받아 수사자료를 수집할 수 있도록

1060) 대법원 2016. 12. 27. 선고 2014두46850

1061) 차진아, "통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항 등의 합헌성 여부에 대한 검토 - 헌재 2012헌마191등 헌법소원심판청구 사건에 대한 검토를 중심으로 -", 법조 제66권 제4호, 법조협

하는 법상 허가장 제도는 영장제도와 유사한 측면이 있다는 점을 인정하는[1062] 견해도 있다. 하지만 영장과 허가가 본질적으로 유사한 측면이 있다는 점은 인정되지만 이 둘이 동일하다고 보기에는, 다시 말해서 법원의 허가가 헌법상 규정된 영장을 대신할 수 있다고 보기에는 무리가 있다고 생각된다. 헌법이 제12조 혹은 제16조에서 규정한 체포·구속·압수·수색은 엄격하게 헌법상 영장이 필요한 것으로 하고, 이 외에 강제수사에서 국민의 기본권을 보호하기 위해 필요하다고 인정되는 것은 법률상의 영장이 필요한 것으로 해석할 필요가 있다.[1063] 즉 이것이 열거가 아닌 예시규정이라고 드는 형사소송법 제215조의 검증영장은 국민의 기본권을 더 두터이 보장하기 위해 입법자가 규정한 영장제도라고 보아야 한다. 문제가 되었던 통신비밀보호법상 법원의 허가도 마찬가지로 법률상 영장제도에서 파생된 법원의 허가로 볼 필요가 있다.

헌법상 영장과 법원의 허가는 영장주의의 본질에 있어서 영장의 제시라는 부분에서 큰 차이가 있다고 해석될 수 있다. 물론 헌법상 영장주의의 가장 중요한 본질이 독립된 제3자에 의해 심사되는 것이라는 점에서 법원의 허가와 법관에 의한 영장의 발부가 유사하다고 보는 점에서는 무리가 없을 것이다. 하지만 영장주의가 적법절차원칙에서 도출되었다면, 그리고 헌법상 적법절차원칙이 본질적으로는 절차를 통한 방어권의 보장이라고 본다면, 이를 위해 당사자의 참여권의 보장이 가능한 존중되어야 함을 고려한다면, 법원의 허가에서는 이 부분이 미흡하다고 해석될 수 있는 것이다. 즉 헌법상의 영장의 발부는 법원의 허가보다는 조금 더 엄격하다고 해석될 여지가 있다.[1064]

그리고 법률에 의해 법원의 허가가 영장제도와 유사하게 규정되어 있다면, 입법자에 의한 법률의 개정이나 폐지를 통해서 법원의 허가 규정이 없어질 수도 있는 것이다. 이 부분에서 이를 헌법상 영장주의로 볼 것인지, 법률상 영장주의로 볼 것인지에

회, 2017, 246-247면.

1062) 김종구, "휴대전화 위치정보 수집과 영장주의에 관한 비교법적 고찰 - 미연방대법원의 Carpenter v. United States(2018) 사례를 중심으로 -", 형사법의 신동향 통권 제60호, 대검찰청, 2018, 91면.

1063) 이와 유사한 견해로, 통신비밀보호법이 정하고 있는 감청은 영장이 아닌 법관의 허가를 얻도록 하고 있는데, 이는 성질상 영장의 발부와 동일하다고 할 것이지만, 감청은 헌법에서 규정하고 있는 체포·구속·압수·수색에 해당하지 않으므로, 헌법 제12조 제3항이 적용되는 것은 아니라는 견해(정종섭, 『헌법학원론』제12판, 박영사, 2018, 535면)가 있다.

1064) 앞에서 언급한 연구에서도 영장과 허가장이 유사하다는 점은 인정되지만, "디지털 기술의 발달로 개인의 프라이버시가 침해당할 위험성이 커지고 있는 변화된 상황을 고려하면 영장 발부라는 엄격한 요건 하에 휴대폰 위치정보 수집을 허용할 필요성이 있다."고 주장하고 있다. (김종구, 앞의 글, 91-92면)

대한 실익이 발생하게 되고, 헌법상 영장주의는 엄격하게 '영장'이라는 형식을 통해 신청, 발부, 제시될 필요가 있다. 따라서 새로운 형태의 수사기법의 체포·구속·압수·수색 해당 여부를 면밀히 논의할 필요가 있다. 위에서 살펴본 미국의 판례들도 결국 새로운 수사기법이 헌법이 요청하는 영장이 필요한 수색에 해당하는지 여부가 중요한 쟁점 중 하나임을 주목하여야 한다.

이러한 맥락에서 미국의 Carpenter v. United States(2018) 판결을 통해 영장과 허가의 차이를 생각해 볼 수 있다. 자세한 사안은 위에서 설명하였으므로 여기서는 영장과 법원의 허가부분에 대해서만 살펴보도록 한다. 미국 수정헌법 제4조는 사생활의 침해를 방지하기 위해 '불합리한 수색과 압수'(unreasonable searches and seizures)로부터 신체, 주거, 서류와 동산에 대한 국민의 기본권을 보장하고 있으며, 이를 위해 상당한 이유(probable cause)가 있는 경우에만 영장이 발부되도록 규정하고 있다. 저장통신법에서는 법원명령을 받기 위해서는 그 기록이 범죄수사와의 관련성과 중요성(relevant and material to an ongoing criminal investigation)이 있다고 믿을 만한 합리적 근거(reasonable grounds)가 요구된다고 규정하였다. 이에 대해 연방대법원은 이 사안의 경우 (제3자가 보유한 기록이지만) 정보주체에게 정당한 프라이버시 기대이익이 존재하는 사안이므로 이보다 더 엄격한 상당한 이유(probable cause)에 근거한 영장이 요구된다고 판단하였다. 법상 범죄수사와의 관련성과 중요성에 대한 합리적 근거가 충족되었기에 법원의 허가는 받았지만, 이보다 더 엄격한 요건이라고 해석되는 상당한 이유에 근거한 영장을 발부받지 않았기 때문에 영장주의를 위반한 것으로, 즉 법원의 허가보다 영장이 더 엄격한 조건(이유)에 의해 발부되는 것임을 명시적으로 설시하였다.

우리 헌법의 경우 미국 수정헌법에서와 같이 국민의 기본권을 보장하기 위해 영장 발부의 요건으로 죄를 범했다고 의심할 만한 상당 이유가 존재할 것을 명문으로 규정하고 있지는 않지만 이를 구체화하는 형상소송법에 체포와 구속의 경우에는 죄를 범했다고 의심할 만한 상당한 이유가 존재할 것을 명문으로 규정하고 있다.[1065] 비록 법률적 차원의 요구이기는 하지만, 국가 공권력에 의한 과잉한 강제수사로부터 국민

1065) 형사소송법 제200조의 3과 제201조에 규정되어 있다. 다만 현행 형사소송법에는 압수, 수색, 검증의 경우에는 '죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유'를 요구하지 않는다.

의 기본권을 보장하기 위해 특별히 헌법이 헌법상 영장주의를 자세하게 규정하고 있는 취지를 생각한다면 범죄에 대한 상당한 이유가 있는 경우에만 영장이 발부되어야 한다고 해석할 수 있을 것이다.

따라서 헌법상 영장주의가 적용되는 사안에 대해서는 법원의 허가보다는 영장에 의해 수사가 진행되는 것이 개인의 기본권 보장을 위해 유리하다고 볼 수 있을 것이다. 법원의 허가 요건이 거의 헌법상 영장의 발부와 동일한 정도로 엄격함을 요한다면 좀 더 쉽게 정당화될 수는 있을 것이지만, 헌법상 영장의 발부보다 완화된 요건에 의해 허가를 얻을 수 있는 경우(헌법상 영장주의가 적용되어야 하는 사안임에도 불구하고), 이는 영장주의에 반하는 것이라고 해석되어야 할 것이다.[1066]

다. 전자영장제도에 관한 헌법적 검토

기술이 발전함에 따라 수사기법만 발전하는 것이 아니라 사회 전반의 모든 인간의 생활이 변화된다. 특히 ICT기술의 발전에 의한 우리 일상의 변화는 디지털혁명, 디지털화, 지금은 4차산업혁명, 지능정보사회 이러한 용어들로 설명된다. 영장의 발부 형식과 관련하여서도 이러한 논의가 이미 2010년대 초반부터 진행되었다. 즉 소위 '전자영장제도'의 도입과 관련된 것이다.[1067] 이미 미국의 많은 주에서 전자영장제도를 도입하여 시행하고 있고, 그 장단점들이 많이 연구되고 있다. 우리의 경우 법 적용의 영역에서 그 학문적, 법이 가지는 본질적 특성으로 인해 굉장히 보수적인 경향이 강하게 나타나고 있고, 사법 절차에서 서면으로 하여야 한다는 인식이 아직 강하게 남아있는 현상을 보인다. 이러한 법문화적 배경에서 아직 전자영장제도의 도입과 관련된 국내의 논의는 아직 부족해 보인다. 법 기술적인 부분과 관련하여서는 다음장에서 설명하도록 하고 여기서는 전자영장제도가 현행 헌법상 가능한 것인지에 대해 먼저 살펴보도록 한다.

이를 위해서는 다시 처음으로 돌아가서 영장제도의 본질에 대한 논의를 진행하여야 한다. 전자영장과 관련하여서는 무엇보다도 영장의 제시라는 부분이 중요하게 논의되어야 할 것이다. 우리 헌법은 제12조와 제16조에서 "검사의 신청에 의하여 법관이

1066) 같은 의견으로 김종현, "영장주의에 관한 헌법적 연구", 헌법재판연구원, 2019, 51면.
1067) 법률신문, "전자영장제도 도입 검토해야", 2010. 11. 22. 등

발부한 영장을 제시하여야 한다."라고 규정하여 영장을 제시하는 것을 명문으로 규정하고 있다. 영장의 제시는 제헌헌법에서부터 존재하였던 것은 아니고 1962년 제5차 헌법개정 시 도입되어 규정된 것이다.[1068] 적법절차원칙에 의해 영장을 그 대상에게 제시하는 것은 명문으로 규정하고 있지 않더라도 당연한 것이라고도 할 수 있을 것이다.[1069] 중요한 것은 그 제시 방법과 관련된 논의일 것이다. 대법원은 영장의 제시와 관련하여 일관되게 '원본'의 제시를 강조하고 있다. 관련한 최근의 주목할 만한 판결로는 영장 원본을 제시하지 않고 팩스로 영장 사본을 송신하여 증거를 수집한 사건에서 헌법과 형사소송법에서 정한 절차를 위반하여 수집한 위법수집증거로 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없고, 이러한 절차 위반은 헌법과 형사소송법이 보장하는 적법절차 원칙의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하여 증거능력을 인정할 수 없다고 판시한 바 있다.[1070]

하지만 현행 헌법 규정에서는 제시할 것만을 규정하고 있지 어떻게 제시해야 하는지에 관한 것은 규정하고 있지 않아 이는 입법자의 형성에 맡겨져 있는 것이라 하겠다. 이 때에는 입법자의 영장 제시방법에 관한 입법 형성이 국민의 기본권을 보장하고자 하는 영장주의의 본질에 부합하게 되어있는지, 즉 헌법이 요구하고 있는 합당한 절차가 마련되어 있는지에 관하여 살펴보면 될 것이다. 이러한 점에서 영장의 제시와 관련하여 중요하게 작용하는 것은 헌법에 규정되어 있는 "적법한 절차에 따라"라는 구문을 해석하는 것일 것이다. 즉 영장의 신청과 발부와 관련하여서는 국가의 공권력의 행사기관 상호간의 문제(특히 권력분립과 관련하여)가 부각되었다면, 영장의 제시와 관련하여서는 공권력을 행사하는 국가기관(영장을 제시하는)과 제시된 영장을 확인할 기본권 주체 간의 직접적인 기본권 관계가 중요한 논점이 되기 때문에 영장의 제시라는 부분은 적법한 절차가 더 강조되어야 하는 영장주의의 요건이라고 볼 수 있겠다.[1071]

1068) 이와 관련한 자세한 논의는 문성도, "헌법상 영장 제시 조항의 문제점과 합리적 개헌방안", 경찰법연구, 제16권 제1호, 한국경찰법학회, 2018, 48면 이하 참조

1069) 다른 나라의 헌법에 영장주의를 규정하면서 제시에 대해 규정하고 있지 않는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.

1070) 대법원 2017. 9. 7. 선고 2015도10648; 강제처분의 새로운 대상인 정보에 대한 압수·수색을 위해 실무상 20여 년간 문제없이 운영되어온 팩스영장제도에 대해 대법원이 위법한 것으로 판단한 사건으로 이에 대한 비판적 견해로 김기범, "압수·수색영장의 전자적 제시에 관한 입법적 연구", 경찰학연구, 제18권 제2호, 2018, 149면 이하 참조.

앞서 살펴본 바와 같이 헌법 제12조가 규정하고 있는 적법한 절차에 따른다는 의미는 곧 국가기관에 의한 강제수사 시 기본권 주체에게 고지나 청문 등의 절차를 통하여 합리적인 방어기회를 제공하는 규정이 구비되어 있어야 한다는 점에 방점이 찍힌다고 보아야 할 것이다. 이를 통하여 국가 공권력에 의해 행사되는 공격에 대비하여 방어할 최소한의 준비, 혹은 수단을 마련할 기회를 보장하는 것, 이를 통하여 무기 대등의 원칙을 실현하는 것이 중요한 요소라고 할 수 있을 것이다. 이를 위해 예를 들어 불복 신청의 기회를 보장하는 것도 방어를 위한 구체적인 방법의 하나로 거론될 수 있을 것이다.[1072] 대법원도 영장제시와 관련하여"형사소송법이 압수·수색영장을 집행하는 경우에 피압수자에게 반드시 압수·수색영장을 제시하도록 규정한 것은 법관이 발부한 영장 없이 압수·수색을 하는 것을 방지하여 영장주의 원칙을 절차적으로 보장하고, 압수·수색영장에 기재된 물건, 장소, 신체에 대해서만 압수·수색을 하도록 하여 개인의 사생활과 재산권의 침해를 최소화하는 한편, 준항고 등 피압수자의 불복신청의 기회를 실질적으로 보장하기 위한 것이다."[1073]라고 판시하여 영장의 제시가 영장주의를 절차적으로 보장하여 국민의 기본권 침해를 최소화하고 방어권을 보장하기 위한 것임을 밝힌 바 있다. 하지만 이러한 방어의 수단이 어떠한 방식으로 제공될 수 있는가 하는 방법의 문제는 입법자의 형성에 달려있다고 볼 것이지, 구체적인 방법까지 헌법이 강제하고 있지는 않아 보인다.

헌법상 영장주의와 관련하여, 헌법적 관점에서는 영장의 제시에 있어서 어떻게 제시될 것인가 하는 점은 특정된 한 방법, 즉 서면에 의한 방법에 국한되었다고 보기는 어렵고 기술의 발달에 열려있는 개념으로 볼 수 있을 것이다.[1074] 이와 관련하여 우리 헌법에서 서면 제도와 유사하게 규정된 것이 대통령의 국법상 행위를 문서로 하도록 한 제82조이다. 이에 의하면 "대통령의 국법상 행위는 문서로써 하며, 이 문서에는

1071) 같은 의견으로 김해원, "헌법상 적법절차원칙과 영장주의", 공법학연구, 제18권 제3호, 2017, 62면 이하 참조.

1072) 문성도, "헌법상 영장 제시 조항의 문제점과 합리적 개선방안", 경찰법연구, 제16권 제1호, 한국경찰법학회, 2018, 51-52면; 이 글에서는 수사기관의 강제처분의 남용을 심리적으로 견제하는 효과도 거론하고 있는데, 이는 오히려 영장주의의 적법절차가 지켜질 때 발생하는 부수적 효과라고도 볼 수 있을 것이다.

1073) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400

1074) 참고로 미국, 독일, 일본의 경우에도 영장의 제시에 대한 규정이 헌법상 규정되어 있지는 않다고 한다.(김종현, 앞의 글, 25면)

국무총리와 관계 국무위원이 부서한다."라고 규정되어 있다. 이 규정만이 현행 헌법에서 유일하게 문서에 의한 방법으로 공권력의 행사가 이루어질 것을 명시적으로 규정하고 있는 것이다. 이 규정에 의하면 문서에 의하지 아니한 대통령의 국법상 행위는 헌법에 반하는 것이 될 것이다. 하지만 이 조항에서 명시된 문서가 반드시 종이에 인쇄된 서면에 의한 것이어야 하는가 하는 문제는 여러 해석이 가능할 것이다.[1075] 명시적인 규정도 이러한 해석이 가능한다는 점에서 명시적으로 서면으로 할 것을 규정하지 않은 영장주의 규정의 경우 서면으로 국한하여 해석하는 것은 오히려 과도하게 축소하는 해석이라고 볼 수 있을 것이다.

다만 법에서 서면에 의한 원본 제시를 요구하는 경우, 이것이 국민의 기본권을 중대하게 침해하기 때문에 위헌이라고 보기는 어렵고, 오히려 한편으로는 국민의 기본권을 더 두텁게 보호하는 효과가 있기 때문에 헌법적으로는 문제가 없을 것이다.[1076] 다만 이 방법을 다르게 하는 것이 헌법적으로 허용될 수 있을 것인가하는 문제는 영장의 제시를 서면으로 하고자 하였던 원래의 목적과 새로운 방법에 의한 국민의 기본권 제한정도를 고려하는 것이 필요할 것이다. 즉 수사의 편의성과 필요성, 이로 인한 국민의 기본권 제한 정도를 비교형량하는 것이 논의되어야 할 것으로 생각된다.

미국에서 전자영장에 대한 논의가 활발한 이유 중 가장 중요한 것은 영장발부를 위해 들이는 수사당국의 시간과 노력이 너무 과도하게 소모된다는 점에 있겠다. 따라서 긴급상황의 예외를 통해 영장주의를 피하고자 하는 사례가 늘어나고, 이러한 문제점에 대한 보완책으로 70년대부터 전화에 의한 영장발부, 팩스를 이용한 서류 송부 허용 등을 도입하여 영장제도가 실제로 준수될 수 있도록 유도한 측면이 있다.[1077] 이것이 발전하여 전자영장제도에까지 이르게 된 것이다. 우리나라도 법에서 영장의

1075) 이 조항은 문서가 서면에 의한 것인가의 문제라기 보다는 구두에 의한 권한행사에 의한 즉흥성이나 자의성을 피하고, 문서로 증거를 남김으로서 법적 안정성을 꾀하고자 하는 데에 목적이 있다고 보아야 한다.(한수웅,『헌법학』제10판, 법문사, 2020, 1282면) 예전에는 전자문서, 전자결제라는 개념이 등장하지 않았기에 당연히 서면에 의한 문서라고 고정된 사고를 하였겠지만, 디지털 사회를 살아가는 현재에 있어서 이 문서라는 것이 반드시 서면이어야 하는지에 대해서는 다른 해석도 가능할 것이다. 즉 이 문서라는 개념도 기술의 발전에 열려 있는 개념으로 파악하는 것이 옳을 것이다.

1076) 기술적, 사회적 환경이 변화되어 이러한 방법을 유지하는 것이 국민의 기본권 보장에 해가 될 수 있다면 헌법적 판단을 다시 하여야 할 것이다.

1077) 이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012, 80면

발부, 집행과 관련한 절차를 엄격하게 준수하도록 규정되어, 그 절차 준수를 모두 지키고자 한다면 수사기관에 많은 부담이 되는 것이 사실이다.[1078] 이러한 경우 수사당국은 영장제도를 회피하거나 편법을 동원하는 방법을 사용할 유혹을 받을 수 밖에 없고, 실제에 있어서도 영장주의의 예외, 즉 '긴급성'의 주장을 통해 영장주의를 피해가고자 하는 방법을 사용하려고 시도할 것이다. 전자영장제도를 통해 이러한 수사실무에서의 난점을 해소할 수 있고, 영장을 발부받기 위해 들이는 시간과 노력, 비용을 절감할 수 있다는 장점이 있다. 그리고 즉각적으로 영장을 발부받을 수 있기 때문에 수사기관이 영장을 회피하고자 하는 동기가 약화될 것도 기대할 수 있는 효과라 하겠다.[1079] 이를 통해 국민의 기본권도 더 두텁게 보장될 가능성이 높아진다.

선행연구[1080]에 의하면 전자영장의 긍정적인 면으로 절차의 신속성 확보, 판단의 정확성 확보, 영장주의의 실현 등을 들고 있다. 물론 이에 대한 반론은 존재할 수 있다. 특히 판단의 정확성 확보 같은 경우 판사가 영장의 대상자와 대면하여 표정, 몸짓, 말투 등을 통해 더 정확한 판단을 내릴 수 있는 가능성이 높아질 수도 있을 것이고, 서면 검토를 통한 판단이 더 정확할 수도 있을 것이다.[1081] 하지만 이러한 점들보다 서면 작성 시간의 절약을 통한 신속성의 확보는 영장적용 대상자들의 기본권 보호를 위해서 더 유리한 것일 수 있고, 수사기관의 효율성의 제고라는 측면에서도 긍정적이다. 그리고 디지털화한 세상에서는 서면으로 담지 못하는 증거가 많을 수 있다. 현상의 사진, 음성, 영상 등이 그러하다. 이러한 증거들이 전달된다면 판단의 정확성 측면에서도 유리한 면이 있을 것이다.

마지막으로 실무에 있어서 수사기관에게 비현실적인 영장주의의 강요가 해소됨으로 인해 수사기관이 영장주의를 회피하고자 하는 시도가 줄어들어 국민의 기본권이

1078) 대표적인 예로 지명수배자를 검거하는 경우 구속영장을 제시하지 않아 문제가 된 경우가 있겠다.("판사가 스마트폰으로 체포영장 서명"…전자영장시대 도래할까, 헤럴드경제, 2015.11.04, http://biz.heraldcorp.com/view.php?ud=20151104000659)

1079) 하태훈 외 고려대학교 산학협력단, "영장제도의 현황 및 개선방안 연구", 국가인권위원회, 2013, 220-222면 이하.

1080) 하태훈 외, 위의 글, 221-222면.

1081) 미국에서도 이와 유사한 비판이 있었다고 한다.(이상원, "전자영장제도의 도입방안에 관한 연구", 2012, 81-82면 참조, P. Beechen, Oral Search Warrants: A New Standard of Warrant Availability, 21 UCLA L. Rev. 691 (1973); J. Israel, Legislative Regulation of Searches and Seizures: The Michigan Proposals, 73 Mich. L. Rev. 221 (1974), 앞서 살펴본 바와 같이 이 비판에 대해 실제 실무에 있어서는 판사가 판단 시 진술인의 태도에 크게 의존하지 않고, 서면의 양이 증가한다고 해서 판단이 좋아지지 않는다는 반론이 있다고 한다.)

더 두텁게 보호될 수 있을 것이란 점도 긍정적인 면이라고 하겠다.[1082] 다만 전자영장제도로 인해 국민의 기본권을 침해할 수 있는 부작용은 해소가 될 필요가 있겠다. 예를 들어 신속한 영장의 발부로 인한 부작용에 대하여 국민의 이의제기(불복신청 등) 방법을 실체적으로 보장하는 규정이 반드시 포함되어야 할 것이다.

이러한 방법적인 면은 헌법상 전자영장제도가 허용된다면 입법을 통해서 해결할 수 있는 사안이다. 요컨대 우리 헌법상 영장주의가 전자영장제도를 금지한다고 해석하는 것은 무리가 있고, 헌법은 영장의 제시방법에 대해 비교적 광범위한 입법자의 형성의 자유를 허용하고 있다고 해석하는 것이 옳을 것이다. 전자영장제도의 도입을 통한 국민의 기본권 제한 정도는 더 연구가 되어야 할 필요가 있지만, 국민의 기본권 제한 정도와 수사의 효율성이라는 공익을 비교형량한다면 전자영장제도가 헌법에 합치하기 어렵다거나, 혹은 서면으로 인한 영장의 제시보다 국민의 기본권을 더 제한한다고 할 수는 없을 것이다.

4. 전자영장제도의 필요성과 한계

앞서 언급한 검토를 바탕으로 다양한 전자 영장 절차는 다음과 같이 나눌 수 있다. 먼저, 소수의 주(아이다호와 일리노이주)는 제한적인 접근방식을 취하여 수색 영장을 신청하지 않고, 전자적으로 발급할 수 있도록 하고 있다. 법령 조항은 수색 영장의 전자 발급에만 허용하며 해당 신청 절차는 포함하지 않는다.[1083] 이러한 법령들이 모든 긴급 통신 기술을 최대한 활용할 수는 없지만, 전자적 수단으로 영장을 발부할 수 있는 치안판사의 능력은 용의자의 소재지 근처에서 승인과 송신을 기다리는 동안 한 명의 경찰관이 수색 영장을 신청할 수 있도록 함으로써 법 집행에 도움을 주고 있다.[1084] 그리고 콜로라도의 경우, 전자 영장 절차는 전자적 수단으로 수색 영장 신청과 발부가 모두 가능하다. 그러나 서면 또는 "출력된" 자료는 치안판사가 영장을

1082) 이상원, 위의 글, 95면

1083) See supra Part IV.E-F

1084) Presumably, these states have refrained from further expanding their telephonic search warrant procedures because of the drawbacks which some commentators have indicated are inherent in these processes. For a more detailed discussion of these criticisms, see infra Part V

발부하기 전에 필요하다. 마지막으로 알래스카, 애리조나, 캘리포니아, 미네소타, 네브래스카, 사우스다코타 등의 주는 연방과 가장 유사한 전자 영장 절차를 채택하고 있다.[1085]

연방 규칙 41(c)(2)과 마찬가지로, 위에서 언급한 주의 조항은 콜로라도 법규에 따라 부과된 것과 같이 추가적인 제한 없이 전자적 수단으로 수색 영장 신청과 발부를 모두 허용하고 있다. 그러나 각 관할권의 고유한 인구통계 및 필요성 때문에 집단의 다양성이 존재하고 있다. 예를 들어 네브래스카는 신청자가 요청하여 포함한 정보를 합리화하기 위해 담당관과 치안 판사 사이에 지방 검사를 함께 구성하여 발생 가능한 원인을 판단하도록 하고 있다.[1086] 그러나 일반적으로 이들 주(州)에서의 절차는 가이드라인을 면밀히 적용하며, 법 집행 관계자들이 수색 영장을 조달하기 위해 새로운 통신 기술을 도입할 수 있도록 허용하고 있다.

이와 같이 최근 미국 30개 주(州)가 전자영장 청구를 인정하고 있는 추세이며, 많은 주(州)에서의 수사관은 판사에게 전화를 걸어 필요한 정보를 전달함으로써 판사의 서명을 영장에 첨부할 권한을 주고 있다. 아울러 유타주는 수사관이 시스템에 정보를 입력하는 전자영장 절차가 있는데, 이 시스템은 검사에게 통지하고, 검사에 의해 확인되면, 수사관은 치안 판사에게 정보를 보내며, 치안 판사는 수사관에게 그 영장을 전자적으로 돌려보낼 수 있다[1087]고 한다. 또한, 캔자스 주의 경우, 수사관은 판사의 iPad에 이메일 영장을 청구하면, 15분 이내에 판사는 그 영장에 서명한 다음, 수사관에게 이메일로 다시 보낸다[1088]고 한다.

이는 Riley판결[1089]에서도 인용하고 있는데, Riley 판결은 적법한 체포에 따른 수색을 통하여 압류, 휴대전화 내의 데이터를 무영장으로 수색하고 수집된 정보에 따라 체포 한 사건이다. 법정의견은 체포에 따른 수색은 긴급성을 근거로 하는 것으로, 그 대상은 수사관에 대하여 무기로 사용될 가능성이 있는 것, 또는 파괴 될 위험이 있는 증거물일 것, 「최근 기술 발달이 보다 더 효율적인 영장취득」을 할 수 있도록 한 것이라고 판시하고 있다.[1090] 이에 미국의 경우 연방 형사소송법과 관련된 규칙

1085) See supra Part IV.A, B, C, G, H, I
1086) See supra Part IV.H
1087) 石川雅俊, アメリカにおける令状の電子化と証拠排除, 青山法学論集 第60巻 第4号, 2019, 103頁.
1088) Id., at 1572-1573 (Roberts, C.J., concurring in part and dissenting in part).
1089) Riley v. California, 134 S.Ct. 2473 (2014).

(c)(2)에 기술된 절차는 입법 기관의 형법 개정 노력을 지시할 수 있는 일반적 지침을 제공한다고 밝혔다.

이처럼 컴퓨터와 휴대폰 기술의 새로운 발전으로 전자 영장 조항이 훨씬 더 유리해졌다.[1091] 전통적인 절차에 따른 필요한 시간보다 짧은 시간 내에 영장을 발부받을 수 있는 여러 가지 대안 법을 만들어냄으로써,[1092] 법원은 영장 요건을 통해 법 집행 노력을 촉진하는 것과 개인의 자유를 보호하는 것 중 하나를 선택하도록 강요받지 않을 것이다.[1093] 오히려, 더욱 유연하고 효율적인 전자 프로세스를 사용하여 두 목표를 동시에 달성할 수 있게 된다.[1094] 따라서 영장 없는 수색을 정당화하기 위해 사용되는 다양한 원칙은 전자적 절차에 따른 새로운 영장의 이용 가능성을 표준으로 비추어 검토되어야 하며, 적절히 제한되어야 할 필요성이 있다.[1095]

다시 말해서, 예외적인 긴급 상황에 대해서는 최소한 검찰은 영장 없는 수색의 합헌성을 정당화하기 위해 훨씬 더 즉각적이고, 중대한 비상사태를 입증해야 한다.[1096] 또한 도시의 무질서한 확산, 증가하는 농촌 인구 밀도, 다수의 교통 문제, 그리고 전국적으로 인구가 밀집한 지역에 발생하는 범죄 활동의 확산에 비추어 볼 때, 영장을 발부받기 위해 경찰관이 치안 판사에게 요청하러 가도록 의무화하는 것은 그 요건을 사실상 포기하는 결과를 초래할 수 있다. 그렇기 때문에 영장 조달 절차를 간소화시키고,[1097] 유연한 전자 보증 절차를 통해서 21세기의 과제를 극복할 수 있도

1090) 石川雅俊, アメリカにおける令状の電子化と証拠排除, 青山法学論集 第60巻 第4号, 2019年, 103-104면.

1091) 합법적인 체포에 따른 스마트폰의 무영자 수색에 관한 헌법적 고찰로는 辻雄一郎, 合法な逮捕に伴うスマートフォンの無令状捜索に関する憲法学的考察, 法政論叢 51 巻 (2015) 2 号 111-130頁.

1092) Miller, supra note 116, at 386 (noting that in 1973, sixty-five percent of all telephonic search warrants took one hour or less from the time when the field officer decided he wanted a search warrant until the time of issuance, and the remaining thirty-five percent were completed in less than two hours

1093) Beci, supra note 9, at 327

1094) See id

1095) Beechen, supra note 26, at 717 (indicating that "the timeliness and flexibility of the oral warrant concept should cause both the courts and the police to reexamine seriously the circumstances which have been used to circumvent the warrant requirement"

1096) See Marek, supra note 23, at 39

1097) 473 F.2d 389, 394 (8th Cir. 1973); Beechen, supranote26, at 718
I would like to extend my sincere gratitude to Professor Donald Hall of the Vanderbilt Law School for his assistance in developing my Note and for his insights on Fourth Amendment search and seizure law—without his guidance, this Note would not have

록 현재의 시스템을 개정할 수 있는 가장 효과적인 방법을 명확하게 제시해야 한다.

더구나 전자수색 영장 절차를 부인할 수 없는 장점이 있는데, 영장 신청에 대해 적극적이고, 유연하며 신속한 방법을 개발함으로써, 법 집행관이 영장 없는 조사에 참여하는 것을 방지할 수 있다. 특히 중요한 것은 긴급상황에서 나타나는 새로운 전화 절차와 같은 잠재적인 영향이다.[1098] 앞에서 언급된 바와 같이, 긴급 예외 조항은 경찰관들이 물체나 용의자를 즉시 수색할 필요가 있거나 증거의 분실이나 인멸을 방지할 필요가 있을 때에도 불구하고 전통적인 방법으로 영장을 발부받아야 하는 경우는 여건상 조건에 불합리할 수 있다.[1099]

그러나 새로운 전자수색 영장 절차는 법원이 영장 없는 수사의 정당성을 평가하는데 활용할 수 있다.[1100] 규칙 41(c)(2) 및 이와 유사한 국가 규정에 따른 현실은 "수색영장은 보통 전화 한 통이면 된다."라고 주장한 것을 받아 들여,[1101] 미국에서는 2011년 그동안 불만사항을 검토하고 영장 및 소환장을 신청 및 발급하기 위해 전화 또는 기타 신뢰할 수 있는 전자적 수단을 사용하는 절차를 하나의 규칙으로 마련하였다. 그리고 위원회는 규칙 Fed. Rules Cr. Proc. Rule 4.1, 18 U.S.C.A., FRCRP Rule 4.1을 제정하면서 현대적 기술 발전으로 사법관들에 대한 접근성이 향상되었고, 사전 사법적 승인 없이 정부 조치의 필요성이 감소되었음을 인정하였다. 그리하여 규칙 41에 따른 검색영장에 대한 전자적 신청을 사용한 성공적인 경험은 신뢰할 수 있는 전자적

---

come to fruition. I would also like to thank my parents, Dr. Harold T. Smith and Dr. Ann W. Smith, for critiquing countless drafts of the paper and for their heroic patience, continued encouragement, and valuable instruction throughout my educational endeavors. Dr. John Langton of Westminster College also deserves credit for instilling in me a desire to explore the legal and political dimensions of American society that ultimately led me to study law. Additionally, Dean Julie Sandine and Shepard D. Tate, Esq., should be recognized for supporting my efforts to write on to a legal journal. Finally, I owe many thanks to Elizabeth TeSelle, the Executive Board, and the Staff of the Vanderbilt Law Review. Their thoughtful comments, copious editing, and attention to detail were deeply appreciated.

1098) Marek, supra note 23, at 36

1099) Id. "When officers have reason to believe that criminal evidence may be destroyed, or removed, before a warrant can be obtained, the circumstances are considered sufficiently critical to permit officers to enter a private residence in order to secure the evidence while a warrant is being sought."United States v. Cuaron, 700 F.2d 582, 586 (10th Cir. 1983)(citations omitted).

1100) Marek, supra note 23, at 36

1101) Id. at 38

통신에 대한 접근성을 증가시켰으며, 영장, 고소 및 소환에 대한 절차의 연장을 지원하게 된 것이다.

규칙 4.1(b)는 영장 발부를 위해 전자적 수단을 사용할 경우, 치안판사는 원래 영장을 유지하도록 계속 요구하고 있으며, 새로운 규정 4.1(b)(2)(A)은 영장 신청서와 진술서를 치안 판사에게 전자적으로 송부하고, 치안 판사와 준법인의 전화 통화는 그 서면 문서를 증명하는 것으로 제한될 경우에 한 해, 더 이상 전체 대화 내용을 구두로 기록할 필요가 없다고 규정하고 있다. 또한 영장 또는 소환장을 신뢰할 수 있는 전자적 방법으로 신청인에게 송부하거나 신청인에게 재판장 명의의 서명을 지시하고, 중복된 원본에 날짜와 시간을 기재하도록 하고 있다.

이처럼 미국 연방소송 규칙, Fed. Rules Cr. Proc. Rule 4.1, 18 U.S.C.A., FRCRP Rule 4.1(Complaint Warrant or Summons by Telephone or Other Reliable Electronic Means) 일반규정에서는 "치안판사는 영장 및 소환장 발부 여부를 결정하거나 이의신청을 검토하는 때에 전화 또는 기타 신빙성 있는 전자적 수단으로 획득한 정보를 고려할 수 있다"고 규정하고 있으며, "신청자들은 신뢰할 수 있는 전자적 수단에 의하여 그 내용을 전달할 경우, 판사가 받은 전송물은 원본으로 간주하여 행사할 수 있다"고 규정하여 전자적 수단에 의한 영장과 증거를 인정하고 있다. 아울러 동조는 2011년에 신설된 규정으로 「수색·압류」에 대해 규정하는 동 규칙 41조(d)(3)항 및 (e)(3)항 (전자적 수단에 의한 수색영장의 청구·발부에 관한 규정)이 삭제되고, 이들이 구속영장, 소추청구장, 소환영장의 청구·발부 절차 등으로 단일화 하였다.

그 이유로는, 「신뢰할 수 있는 전자통신에 대한 접근 수단의 증가에 따라, 수색영장에 대한 전자적 청구수단을 이용한 동 규칙 41조의 성공체험이 체포영장, 소추청구장, 소환영장에 대한 절차의 확장을 지지한다.」 고 밝히고 있다.[1102] 동 규정은 최초 1977년 개정으로 전화를 이용한 수색영장 청구를 인정한 다음 수사기관의 영장절차가 급격히 증가했고,[1103]. 1993년 개정으로, 팩스를 이용한 영장 청구·발부가 인정되었다(단, 팩스는 「전자적 수단」에 포함된 후 현재의 4.1조로 변경되었다). 또한, 2006년 개정으로 「치안판사에게 영장을 발부하기 위해 신뢰할 수 있는 전자적 수단을 사용하

1102) See, Fed. Rules Cr Proc. R. 4.1, Advisory Committee Notes, 2011 Adoption.
1103) See, Fed. Rules Cr Proc. R. 41, Advisory Committee Notes, 1977 Amendments.

는 것을 허용하는 규정」을 마련하였는데, 이 개정은 기술의 발전을 인정하면서, 다음과 같은 이유를 제시하고 있다.

첫째, 이제 변호사, 법원, 치안판사들이 문서송달에 대해 일상적인 팩스를 사용하고 있고 많은 법원, 치안판사는 전자적 수단으로 문서를 수신할 수 있도록 대비하고 있으며, 몇몇 법원은 일정한 문서를 전자적 수단으로 제출하는 것을 장려하거나 요구하고 있다는 것이다. 둘째, 기술은 법원 밖에서 해당 문서를 주고받거나 할 수 있는 상태로 발전하고 있으며, 셋째, 전자매체 전송의 질 향상과 안전대책 개선이 이루어지고 있기 때문에 특정한 경우, 영장을 보내기 위해 팩스나 전자매체를 이용함으로써 신뢰성과 법원의 자원을 효율적으로 이용하거나 확보할 수 있기 때문이라고 한다.[1104]

이 무렵 태블릿 PC가 등장하고, 이메일의 품질과 안전성이 향상되는 등 기술이 크게 발전했으며, 입법자는 기술이 더욱 발전한다고 보고 개정했을 것으로 판단하고 있다. 덧붙여 「『전자적인』 이라는 문구는 조문에 일정한 유연성 부여 및 데이터를 보내기 위해 추가적인 기술의 발전을 고려하기 위하여 사용된다.」 그리고, 「신뢰할 수 있다.」라는 문구는, 수색영장으로 기능하는 문서와 그렇지 않은 문서를 분류하면 눈에 띄기 때문에, 「신뢰할 수 있는」 수단이라고 하기 위해서는, 「송신된 것이 기대된 품질과 명료성-예를 들면, 마치 정품이나 사진 카피처럼, 그대로 영장 내용을 읽는 것이 가능할지의 여부-」를 갖춘 것인지, 「보낸 것을 위험하지 않게 하기 위해서 안전대책이 마련되어 있는지 여부」, 「나중에 사용하기 위해 해당 문서를 보존할 수단을 구비하고 있는지 여부」 로 판단하여야 한다고 되어 있다.[1105]

한편, 캐나다에서는 Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46) 487.1에 의하여 "제487의1조(1)항에 의하여 경찰관/보안관은 기소 가능한 범죄의 혐의가 있다고 사료되고, 제487조에 의하여 판사 앞에 출두하여 영장신청을 하는 것이 불가한 것으로 판단한 경우, 당해 사건관할 지방법원의 장/수석판사가 지정한 담당 법관에게 전화 또는 기타의 전자통신수단을 통하여 선서하고 해당 정보를 제출할 수 있다"고 규정하고 있다.[1106] 그리고 제(2)항에 의하여 "선서는 전화 또는 기타 전자통신 수단으로 진행될

1104) Id., 2006 Amendments.

1105) Id.

1106) https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-487.1.html#right-panel(최종검색 2020.07.01.); "Telewarrants" part in Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46), Canada. Act current to 2020-06-17 and last amended on 2019-12-18.

수 있으며," (3.1) 제 (2.1)항에 따른 "전자통신수단을 사용하는 경찰관/보안관은 구두 서약을, 제출 정보에 포함된 모든 쟁점이 진술자의 지식과 신념에 비추어 진실하다는 진술서면으로 대신할 수 있으며, 이 진술서면은 선서 아래 이루어진 진술로 간주된다"고 규정하고 있다.[1107] 이때 전화 또는 기타 전자통신수단을 통하여 제출된 정보는 다음을 포함해야 하는데, (a) 경찰관이 법정에 직접 출석할 수 없는 상황에 대한 진술, (b) 기소될 범죄 혐의, 수색 대상 장소나 지역, 압수 가능한 것으로 주장되는 물건에 대한 진술, (c) 기소될 범죄혐의와 관련하여 압수될 물품이 수색대상 장소 또는 지역에서 발견될 것으로 보이는 경찰관의 합리적 판단의 근거, (d) 경찰관이 알고 있는 동일 사건에 관하여 본 조에 따라 사전에 이루어진 영장 신청 또는 다른 수색 영장에 관한 진술에 한해서이다.[1108]

여기서 제(1)항의 법관은 전화 또는 기타 전자통신수단에 의하여 제출된 정보가 다음의 요건에 부합하는 것으로 납득되는 경우, 제487조 제(1)항에 따라 발부된 영장과 동일한 압수수색 권한이 부여된 영장을 경찰관에게 발부할 수 있는데; (a) 기소될 범죄와 관련하여, (4)항의 요건을 준수하고, (b) 직접 서면에 의한 정보 제시를 생략해야 할 합리적인 근거를 밝혀야 하며, (c) 기소될 범죄와 관련해서 당해 사건의 영장 발부를 위하여 제487조 (1)항의 (a), (b) 또는 (c)목에 부합하는 근거를 밝혀야 한다. 이에 법관은 영장 집행 기간 내에 영장이 집행되도록 요청할 수 있다.[1109]

아울러 재판관이 서면생성방식의 전자통신수단이 아닌, 전화 또는 기타 통신수단에 의해 영장을 발부하는 경우, (a) 법관은 그 전면에 발부된 시각, 날짜 및 장소를 명시하여 별지 서식의 영장을 완성하고 서명해야 하고, (b) 당해 경찰관은 법관의 지시에 따라서 전면에 발부된 시각, 날짜 및 장소와 발행 법관의 성명을 명시하여 별지 서식에 따라 영장의 사본/부본을 2통 작성해야 한다. (c) 법원은 영장이 발부되고 가능한

1107) https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-487.1.html#right-panel(최종검색 2020.07.01.); "Telewarrants" part in Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46), Canada. Act current to 2020-06-17 and last amended on 2019-12-18.

1108) https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-487.1.html#right-panel(최종검색 2020.07.01.); "Telewarrants" part in Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46), Canada. Act current to 2020-06-17 and last amended on 2019-12-18.

1109) https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-487.1.html#right-panel(최종검색 2020.07.01.); "Telewarrants" part in Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46), Canada. Act current to 2020-06-17 and last amended on 2019-12-18.

한 빨리 그 영장을 집행할 지역 관할 지방법원 서기에게 제출하여야 한다. 또한 판사는 서면생성 방식의 전자통신수단을 통하여 영장을 발부하는 경우에 있어, (a) 법관은 그 표지에 발부 시각, 날짜와 장소를 명시하여 별지 서식에 영장을 완성하고 서명해야 하며, (b) 법관은 정보를 제출한 경찰관에게 해당 전자통신수단을 통하여 영장을 전송하며, 경찰관이 전송받은 영장의 사본은 6항(b)목의 의미 내에서는 영장 부본으로 간주된다. (c) 경찰관은 영장 부본을 하나 더 확보해야 하며, (d) 법관은 영장 발부 이후 가능한 한 빨리 해당 영장이 집행될 지역 관할 지방법원 서기에게 제출되도록 하여야 한다.[1110)]

그리고 전화 또는 기타 전자통신수단을 통하여 발급된 영장을 집행할 경찰관은 수색 장소 또는 지역에 들어간 후 가능한 빨리 해당 장소에 현존 중인 관리자에게 영장 부본을 제공해야 하며, 비어 있는 장소나 지역에서 전화 기타 전자통신 수단에 의해 발부된 영장을 집행하는 경찰관은 해당 장소나 부지에 들어간 후 가능한 한 빨리 영장 부본을 그 장소나 부지 내 눈에 잘 띄는 지점에 적절히 부착하도록 해야 한다. 전화나 기타 전자통신수단에 의해 영장을 발급 받은 경찰관은 영장 발부 이후 7일을 넘지 않는 기간 내에 가능한 빨리 해당 영장이 집행될 지역 관할 지방법원 서기에게 보고 서면을 제출해야 하는데, 해당 보고는 다음 사항을 포함해야 한다. (a) 영장이 집행된 날짜, 시각에 대한 진술이나 집행되지 않은 경우 미집행 이유를 나타내는 진술, (b) 영장에 따른 압수품이 있는 경우, 그 물품과 보관하는 장소에 대한 진술, (c) 영장에 언급된 물품 이외에 추가 압수품이 있는 경우, 추가 압수물과 보관 장소에 대한 사항 및 경찰이 추가 압수물이 범행에 사용되었거나 범행에 의하여 획득된 장물이라고 판단한 근거에 대한 진술이다.[1111)]

이때 법원 서기는 보고서에 언급된 압수품과 관련하여 그것이 영장에 의해 이루어진 압수인 것과 마찬가지의 방식으로 경찰관 또는 해당 법관이나 동일 관할 지방부서의 다른 법관에 의하여 직접 현출되는 정보에 관하여 가능한 빨리 해당 보고 뿐 아니라

1110) https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-487.1.html#right-panel(최종검색 2020.07.01.); "Telewarrants" part in Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46), Canada. Act current to 2020-06-17 and last amended on 2019-12-18.

1111) https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-487.1.html#right-panel(최종검색 2020.07.01.); "Telewarrants" part in Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46), Canada. Act current to 2020-06-17 and last amended on 2019-12-18.

관련 정보 및 관련된 영장이 법관 앞에 모두 제시되었고, 다뤄질 수 있도록 해야 한다.[1112] 이는 곧 재판부로 하여금 전화 기타 전자통신수단으로 발부된 영장에 따라 허가받은 압수수색으로 받아들일 만한 자료가 되는 절차 진행 중, 법관에 의하여 서명되고 전면에 발급 시각, 일시, 장소가 표기된 영장이나 정보가 부재하는 경우 이는 반대입증이 없는 한, 해당 압수수색이 전화 기타 전자통신수단을 통한 영장에 의하여 적법한 허가를 받은 것이 아니라는 증거가 된다. 그러므로 정보 또는 영장의 사본이나 부본은 원본과 동일한 증명력을 가진다[1113]고 한다.

한편, 최근 일본에서는 자민당 사법제도심사회가 정부에 대해 형사재판절차의 IT화 검토를 요구하고 있다. 즉, 온라인에서의 영장청구나 증거서면의 전자화 등을 규정하도록 하는 것인데, 경찰청, 법무성, 최고재판소가 본격적으로 검토를 시작하였다[1114]고 한다. 이 제도의 취지는「수사・공판의 원활한 수행으로 유익하고, 국민의 부담을 경감하기 위해서이다. 이 제도가 시행되려면 무엇보다 정보누설이나 정보수정의 방지책이 최우선적으로 해결할 과제로 보인다.

이에 현실적으로는 법제심의회에서의 논의를 담은 형사소송법 개정이나 시스템 구축이 필요하기 때문에 수년 이상이 걸릴 것으로 보이나, 우선은 영장청구나 경찰에서 검찰에게 기록송부의 온라인화를 검토하고 있다.[1115] 통상 체포, 가택수색, 신체검사 등의 강제수사에는 판사가 발부하는 영장을 필요로 하며, 경찰관들은 법원에 자료를 지참하여 영장을 청구하고 발부받게 된다. 다만, 지역에 따라서는 왕복 이동에 많은 시간이 걸려 긴급한 수사에 지장이 생기는 경우도 있었다. 법원도 야간에는 당직을 하는 등의 대응을 하고 있지만, 판사가 적은 지역에서는 부담이 되고 있다. 이러한 실정을 감안하여 최근 일본에서는 온라인화에 있어서 도쿄 등 대규모 지방재판소의 전문부서에서 영장심사를 일원화하는 것도 검토하고 있다.[1116]

1112) https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-487.1.html#right-panel(최종검색 2020.07.01.); "Telewarrants" part in Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46), Canada. Act current to 2020-06-17 and last amended on 2019-12-18.

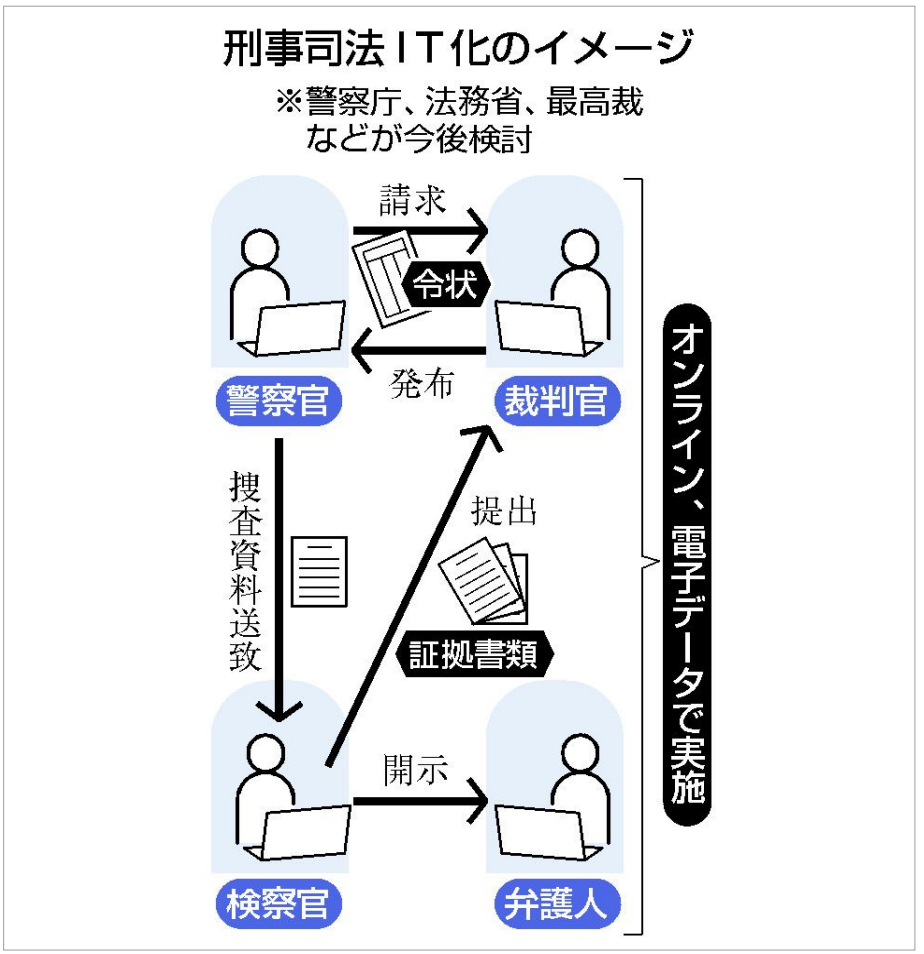
1113) https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-487.1.html#right-panel(최종검색 2020.07.01.); "Telewarrants" part in Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46), Canada. Act current to 2020-06-17 and last amended on 2019-12-18.

1114) 刑事司法ＩＴ化へ 自民提言、関係機関が検討―令状請求や証拠の電子化 2020年06月27日 기사 참조(https://www.jiji.com/jc/article?k=2020062601058&g=soc), (최종검색 2020.09.27.)

1115) 刑事司法ＩＴ化へ 自民提言、関係機関が検討―令状請求や証拠の電子化 2020年06月27日 기사 참조(https://www.jiji.com/jc/article?k=2020062601058&g=soc), (최종검색 2020.09.27.)

또한 증거의 전자화에 대해서는 변호인의 요청이 강하다. 사건에 따라 거대한 양의 서면이 작성되고 복사나 정리하는데 시간이 걸리므로 전자화가 되면 필요한 증거의 검색 등도 용이하게 되고 변호활동의 충실로 이어질 것으로 기대하고 있다.[1117] 이러한 형사사법의 IT화를 그림으로 나타내면 다음과 같다.

[그림 6-1] 일본의 형사사법 IT화



출처: https://www.jiji.com/jc/article?k=2020062601058&g=soc (최종검색 2020.10.29.)

1116) 刑事司法ＩＴ化へ　自民提言、関係機関が検討―令状請求や証拠の電子化 2020年06月27日 기사 참조(https://www.jiji.com/jc/article?k=2020062601058&g=soc), (최종검색 2020.09.27.)
1117) 刑事司法ＩＴ化へ　自民提言、関係機関が検討―令状請求や証拠の電子化 2020年06月27日 기사 참조(https://www.jiji.com/jc/article?k=2020062601058&g=soc), (최종검색 2020.09.27.)

이처럼 온라인에서의 영장청구 등은 미국이나 영국에서는 이미 도입되어 있고, 일본 경찰청과 법무성은 현지에서의 실태조사를 검토하고 있다. 아울러 사법의 IT화는 민사재판에서도 선행되었는데, 이미 법제심의회에 자문을 하고 있는 등 '웹 회의'가 일부 재판소에서 시작하고 있다.[1118]고 한다. 만약 일본에 전자영장이 도입되면, 영장청구 후의 피의자 유치 문제에 광명을 찾을 수 있을 것이다.[1119] 수사기관이 영장청구 절차를 개시하더라도, 영장이 집행될 때까지는 피의자를 유치할 수 없어 임의처분으로 이루어지므로, 만일 수사관이 강한 영향력을 행사하여 유치한 경우에 해당 행위는 위법이라 판가름되어 영장이 발부되어도 피의자를 석방해야 하는 사태도 일어날 수 있다.[1120]

유치와 관련하여 영국은 유치심사를 무영장 체포에 대한 사후심사로 평가하고 있는데, 유치심사의 일부에 사법이 관연하기 때문에 실질적인 사법심사로 보고 있다.[1121] 영국에서는 체포후의 유치 관리와 기소의 판단은 유치관리관(Custody Officer)에 의해 행해진다. 유치관리관은 체포의 이유가 된 범죄에 있어서 그 자를 기소하기에 충분한 증거가 있는지를 판단한다.[1122] 유치관리관은 기소하기에 충분한 증거가 있다고 판단한 경우, 그 자를 (a)기소하거나 (b)석방하지 않으면 안 된다.[1123] 또한 유치관리관은 기소하기에 충분한 증거가 없다고 판단한 경우, 그 자를 석방하지 않으면 안 된다.[1124] 수사담당관은 유치관리관과 같은 기준에 의해 유치의 필요성을 판단한다.[1125] 수사담당관은 유치 계속결정 전에 피유치자, 또는 그 대리인에게 유치에 대한 의견 진술의 기회를 주어야 한다.[1126] 이 의견의 진술은 구두 또는 서면 모두 가능하다.[1127]

1118) 刑事司法ＩＴ化へ 自民提言、関係機関が検討―令状請求や証拠の電子化 2020年06月27日 기사 참조(https://www.jiji.com/jc/article?k=2020062601058&g=soc , (최종검색 2020.09.27.)

1119) 영장의 전자화에 의해, 상술한 유치 문제 외, 소지품 검사에도 영향을 미칠 것이다. 일본에서는 소지품 검사가 긴급성을 이유로 광범위하게 인정되고 있는지 알아야 한다.

1120) 前田雅英「令状執行のための留め置き行為の適法性」『警論』64巻5号(2011年) 145頁 以下.

1121) 丸橋昌太郎, 令状主義における司法審査の意義ーイギリス捜査法（逮捕・捜索）における令状主義の分析を通じて, 法学会雑誌 46巻 1号, 2005, 136頁.

1122) PACE, s. 37(1).

1123) PACE, s. 37(7).

1124) PACE, s. 37(2).

1125) PACE, s. 40(8).

1126) PACE, s. 40(12).

1127) PACE, s. 40(13). 단, 심사담당관은 일정 경우에는 구두로 의견진술을 거부할 수 있다. PACE, s. 40(14).

또한 2001년부터 심사담당관은 유치결정 시에 전화 또는 화상회의 시스템을 이용할 수 있게 되었다.[1128] 이에 따라 수사담당관은 피유치자가 유치된 경찰서에 없어도 유치결정을 행할 수 있으며,[1129] 의견진술도 전화 또는 비디오 회의 시스템에 의해 행해질 수 있게 되었다.[1130] 기소 전의 경찰 유치는 원칙적으로 24시간 이내로 해야 하며,[1131] 유치기간의 연장은 36시간까지는 경감 이상의 경찰관, 36시간 이상은 치안판사에 의해 판단된다. 경감 이상의 경찰관은 체포의 이유가 되는 범죄(체포가능범죄에 한한다)에 대한 증거 수집의 필요성(조사를 포함한다)이 있다고 인정되는 때에는 최대 36시간까지 유치를 계속할 수 있다.[1132] 치안 판사는 36시간을 초과하여 유치를 계속하는 것을 유치계속영장에 의해 허용할 수 있다.[1133] 경찰관은 선서한 후 (a)범죄사실의 개요, (b)체포를 기초로 한 증거, (c) 수사 활동의 경과 및 전망 (d)그 전망에 따른 유치의 필요성에 관하여 기재한 자료를 제출하여 영장발부를 청구한다.[1134] 심사할 때 심사의 대상이 되는 자는 청구의 기초가 되는 자료의 사본을 건네받은 후 법원에 인도된다.[1135] 치안 판사는 유치의 계속을 정당화하는 상당한 이유가 있는 경우에는 36시간 이내의 유치계속영장을 발부하는 것이 가능하다.[1136] 영장발부의 조건은 24시간을 넘는 유치계속허가의 조건과 같다.[1137] 필요한 경우에는 치안판사는 경찰관의 청구에 근거하여 기준 시부터 96시간을 초과하지 않는 범위에서 36시간 이내의 유치계속영장을 발부할 수 있다.[1138]

한편, 전자영장의 한계와 관련해서 무영장은 어디까지나 예외이므로, 영장을 얻을 시간적 여유가 있을 경우에는 먼저 취득해야 한다는 것에 의미가 있다[1139]. 미국에는 50개의 주(州)가 있으며, 모든 주(州)에서 전자 영장 청구가 갖춰진 것은 아니므로,

---

1128) Criminal Justice and Police Act 2001, s. 73.
1129) PACE, ss. 40A and 45A.
1130) PACE, ss. 40A(3)(c)(4) and 45A(6)(7).
1131) PACE, s. 41(1).
1132) PACE, s. 42(1). 단, 수사가 진지하고 신속하게 행해지고 있는 경우에 한한다. Id.
1133) PACE, s. 43(1).
1134) PACE, s. 43(1)(14).
1135) PACE, s. 43(2).
1136) PACE, s. 43(1). 심리는 비공개로 2인 이상의 치안판사에 의해 행해진다. PACE, s. 45(1).
1137) PACE, s. 43(4).
1138) PACE, s. 44(1)-(4).
1139) McNelly, supra note (9), at 1558.

그것이 인정되지 않은 주(州)에서는 여전히 긴급성을 이유로 무영장 수사를 승인할 필요가 있다는 것이다(연방형사소송규칙이 적용되는 사건 제외). 다음으로 영장이 전자화되면 확실히 조기에 취득할 수 있게 되지만, 그것은 어디까지나 빨라진다는 것에 지나지 않는 것인데, 예를 들어, 빠른 속도로 증거가 없어질 위험성이 있으면, 영장의 전자화를 이유로 무영장 수사를 부정하게 해서는 안 된다는 것이다.[1140]

상술한 바와 같이 연방대법원은 긴급성을 이유로 한 무영장 수색의 적합성에 대하여 긴급성의 정도를 전자화의 사실을 고려해 판단하고 있다. 그러나 「영장의 전자화」에 대해서는 여러 가지 문제점이 지적되고 있다. McNeely 판결에서 로버츠 장관의 일부 동조 및 반대 의견이 제시되었다. 전자영장에 관한 규정이 있는 주(州)법이나 규칙은 유타주 규칙과 캔자스 주법 이외, 앨라배마주 규칙[1141], 알래스카주 주법[1142], 아이다호주 주법[1143], 미네소타주 규칙, 몬태나주법[1144]이다. 이들 주에서는 연방대법

1140) Jana Nestlerode, From Schmerber to McNeely to Birchfi eld: The Life and Death of the "Per Se" Rule, 53 No. 1 Crim. Law Bulletin ART 6 (2017), at VI-B.

1141) Ala. Rule Crim. Proc.3.8. 본 규칙 3.8조는 「수색영장을 발부하기 위한 근거」에 대한 규정이다. 동조(b)(1)항은 「상황이 기재된 진술서는 모든 수색영장을 발부했다가 일부 합리화할 수 있다면, 해당 영장을 발부할 권한이 있는 판사 혹은 치안판사는 전화나 팩스를 포함한 다른 방법을 통해 전달되었다. 선서진술에 근거하여 해당 영장을 발부할 수 있다.」고 규정하고, 동조(b)(3)항은 '판사 또는 치안판사가 선서진술서에 의해 해당 상황이 수색영장 발부를 합리화할 수 있고, 청구하는 근거가 존재하거나 혹은 그들이 존재하는 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 판단되면, 해당 판사 혹은 치안판사는 영장을 청구하는 자에 대하여, 원래의 영장복제에 자신의 이름을 서명하도록 지시함으로써 영장을 발부할 것을 명령하게 된다. 해당 판사 혹은 치안판사는 즉시 원본 영장에 서명하고, 해당 영장을 발부할 것을 명령한 정확한 시간을 원본 영장 표면에 기재하는 것이다. 진술에 근거하여 영장 발부를 위한 상당한 이유의 인정은 선서 진술서에 근거한 것으로 충분하다고 할 수 있는 증거와 동종의 증거에 근거할 수 있다.」 고 규정한다.

1142) Alaska Stat §12.35.015. 본법 12편 35장 15조는 「전화나 기타의 수단으로 전해진 진술에 기초한 수색영장의 발부」에 대한 규정이다. 동조 a항은 「판사는 전화나 다른 적절한 수단으로 전달된 구두 선서진술 또는 팩스로 보낸 선서진술서에 따라 수색영장을 발부할 수 있다」 고 규정하고, 동조 f항은 「법관에 의해 발부된 수색영장은 팩스로 청구인에게 보낼 수 있다. 팩스 수색영장(The facsimile search warrant)은 원본영장으로 취급하게 된다.」 고 규정한다.

1143) Idaho Code §19-4406. 본법 19편 44장 6조는 「수색영장의 발부」에 대한 규정인데, 동조 후단에서 「해당 영장을 발부하기 위한 선서진술이 전화를 통해 전달된 경우, 치안판사는 수사관에게 구두로 원본 영장 복제에 해당 판사의 이름을 서명하는 권한을 부여할 수 있다. 그리고 구두로 권한 제한이 주어진 것이 해당 복제에 기재되게 된다. 영장 집행 후 해당 복제는, 이름을 서명하는 것을 인정한 치안판사에게 반환해야 한다. 치안판사는 그 복제가 자신에게 반환되었을 때, 해당 복제에 그 날짜를 기입하고, 자신의 이름을 승인하게 된다. 그와 같은 승인을 할 때의 치안판사의 표현 있는 결점은 그 자체로 해당 영장을 잘못된 것으로 한다.」고 규정하고 있다.

1144) Mont. Code Ann.§46- 5- 222. 본법 46편 5장 222조는 「전자적으로 혹은 전화에 의해 발부된 수색명령장」에 관한 규정인데, 예를 들어, 동조(5)(a)항은 「판사가 전화로 영장을 발부할

원이 McNeely 판결을 내리기 전부터 이미 음주 운전 피의자에 대한 혈액검사의 합헌성을 판단할 때, 영장이 전자화되었다는 사실을 고려할 것인가를 다투어 왔었다.[1145] 특히 이러한 사실의 고려를 부정하는 판례는 McNeely 판결에서 토마스 판사의 반대의견과 같은 이유를 들 수 있다. 즉 McNeely 판결에서 토마스 판사는 수사의 필요성을 중시하는 입장에서 법정 의견처럼 판사가 긴급성을 판단할 때, 영장이 전자화되어 있는지 등의 제반 사정을 고려하면, 결국 현장의 수사관도 영장을 발부하는데 걸리는 시간을 계산해야 하는 일인데, 이것이 오히려 수사관에게 과도한 부담이 된다[1146]는 것이다.

가령, 펜실베니아주에서 영장 전자화에 관한 규칙이 존재하지만[1147], 펜실베니아주에서 2014년, 주(州) 내에 존재하는 여러 경찰서에서 「음주운전 혐의가 있는 피의자의 혈중 알코올을 검사할 목적으로 혈액의 샘플을 얻기 위해 수색영장을 취득하는 것이 실제로 쉬운가 내지 어려운가」에 관한 설문조사가 실시되었다.[1148] 그 중에서 수사관에게 영장 발부에 소요되는 시간이 어떤 영향을 미칠지에 질문을 던진 결과, 현장에서 영장 발부 장소까지의 거리 등 「영장의 전자화」에 의해 해결 가능한 요소 이외에

경우, 영장을 처리하는 수사관은 해당 수색영장에 자신의 이름과 해당 판사의 이름을 서명하게 된다. 판사의 이름은 해당 수사관이 서명하게 되는데, 해당 판사에 의해 허용된 서명을 하게 된다.」, 동조(5)(b)항은 「판사가 영장에 전자서명을 한 경우, 영장을 취급하는 수사관은 그 영장에 자신의 이름과 해당 판사의 이름을 전자서명하게 된다. 그것은 서명이 본조에 따른 전자적인된 것임을 나타내기 위해서다.」 라고 규정한다.

1145) 긍정적으로 고려하는 주로는 유타주가 있다. 유타주 대법원은 Rodriquez 판결(State v. Rodriquez, 156 P.3d 771 (2007))에서 「지난 10년간 통신과 정보에 관한 기술에 나타난 놀라운 발전은 영장발부에 대한 물리적 장애를 극적으로 줄인 것」이라고 판시하고(at 778.), 체내의 알코올이 서서히 없어져 간다는 사실만으로는 시급성을 긍정할 수 없다고 했다. 한편 고려를 부정하는 주로 미네소타주가 있다. 미네소타주 대법원은 Shriner 판결(State v. Shriner, 751 N.W.2d 538(2008))에서 「전화를 이용하여 발부 하는 영장(telephonic warrant)의 필요성을 느낀 수사관이 그러한 영장을 발부하는 데 필요한 이후의 절차에 따라 발생하는 지연이 어느 정도인지 인식 하고 있는 일을 기대할 수는 없다. 그리고 전화를 이용하여 발부된 영장을 받는데 소요된 시간 중에도 피고인의 신체는 급속도로 신진대사하여 그로부터 혈중 알코올이 빠르게 사라지고 있는 것은 멈출 수가 없다. 우리는 전화를 이용해서 발부하는 영장을 취득할 가능성이 본건에서 피고인의 혈중 알코올의 급속한 소실이라는 긴급상황의 유무를 판단하는 유일한 요소보다 낫다고 할 수 없다.」고 판시했다(at 549).

1146) McNeely, supra note (9), at 1577-1579 (Thomas, J., dissenting)

1147) 234 Pa. Code Rule 203. 본 규칙은 103조에서 이메일 등을 「발전한 통신기술(Advanced Communication Technology)」로 정의한 후, 203조A항은 「발부하는 권한의 재량에 대해 발전한 통신기술은 압수수색 영장과 선서진술서를 제출하고 압수수색 영장을 발부할 수 있다.」고 규정하고 있다.

1148) Nestlerode, supra note (15), atVI-B

필요한 「해당 법 영역에서의 치안판사(magisterial district justice)의 수」라고 응답한 사람이 상당수 있었다.[1149]

논고에 의하면 펜실베니아주에서는 「음주운전이 많이 일어나면 치안판사를 이용할 수 없는데, 실제로 치안판사는 파트타임 노동자라고 생각되기 때문에 그들은 영장 발부 권한을 요청하는 수사관이 항상 이용할 수 있는 공적인 의미를 지지 않는다고 한다. 많은 치안판사들이 오전 8시 30분부터 오후 4시 30분까지, 주 1회 야간 접수를 받는데, 지방재판소의 판사는 음주운전의 체포가 자주 이루어지는 야간이나 주말 대부분에는 거의 이용할 수가 없다라는 것이다.[1150]

이를 뒷받침 하는 것이, 「평일 낮, 평일 밤, 주말 낮, 주말 밤으로 수색 영장을 가져오는데 보통 얼마나 필요한가」 라는 질문에 대한 현장 수사관의 답변에 대해서, 질문에 응답한 수사관 중 3분의 1이, 「음주운전 검사가 많이 실시될 것으로 예상되는 주말에 수색영장을 얻으려면 3시간 이상이 필요하다」 며, 그 중에서 두 명의 수사관이 「수색영장을 얻기까지 2일에서 3일이 걸렸다.」고 대답했다고 한다.[1151] 펜실베니아주 수사관이 「수사관이 영장 취득하는데 소요되는 시간에 영향을 준다고 생각되는 요소」로 「치안판사의 수」 를 들었으며, 이는 필요할 때 영장을 받을 수 없다는 실제 경험을 근거로 한 것이라고 한다. 분명히 영장이 필요할 때 영장을 발부할 권한을 가진 자가 없다면, 아무리 절차 자체를 신속화해도 무의미하다. 그리고 치안판사의 수를 늘리기 위해서는 처우개선이 필요하며 입법적 조치가 필요하다.

위의 논고는 「펜실베니아주 대법원은 州가 전자 수색영장을 허가할 수 있는 기술을 허용하는 법을 가지고 있다는 것을 이유로 기술이 기능하고 있으며 쉽게 이용할 수 있고, 이용이 널리 보급되어 있다는 가정 하에 있다」라는 것이 문제라고 지적[1152] 하였다. 하지만, 우선은 사법부가 영장 발부 과정을 신속화하기 위해서는 영장전자화만으로는 부족하며, 치안판사의 증원이 필요하다고 인식하여 그 취지의 판단을 입법부에 제시할 필요가 있다는 것이다.

또한 McNeely 판결은 피의자 체포 및 그에 따른 혈액검사가 한밤중에 진행된 사안

1149) Id.
1150) Id.
1151) Id.
1152) Id.

에서, 치안판사 현황을 고려하면 한밤중에 영장발부는 어렵기 때문에, 관련된 사정은 무영장 혈액검사의 필요성을 긍정적으로 보고 있다. 그러나 McNeely 판결은 본 건에서 무영장의 혈액검사를 위헌으로 판시하고 있는데, 그 이유는, 수사관이 영장을 발부받기 위해 어떠한 노력도 하지 않는다는 점에 있다고 한다.

일반론적으로 미국에서는 지금도 증거 배제를 부정하는 경향이 있지만, 영장의 전자화로 긴급성이 높다는 것을 근거로 행하여진 무영장 수색에 의해 증거가 취득 된 경우에 배제되는 경향이 있다. 전자화로 영장을 단시간에 취득할 수 있게 됨에 따라, 무영장의 수색을 허가할 필요성이 감소했기 때문이다. 그러나 영장의 전자화만으로는 영장 취득의 신뢰가 속성되지 않는다. 왜냐하면 영장 청구 시에 치안판사가 응답하지 않으면, 아무리 절차 자체를 전자화 하여도 무의미하기 때문이다. 그래서 현재 미국에서는 치안판사의 증가가 매우 중요한 과제가 되고 있다. 이 때문에 현재 전자화는 불완전하지만, 그렇다고 「긴급성」을 판단하는 요소로 영장의 전자화를 고려할 필요가 없다는 것이다. 입법자는, 「수색영장에 따라 이루어지는 것이 원칙이며, 무영장은 어디까지나 예외이다」 라는 생각으로, 수사관이 최대한 영장수색을 발급받을 수 있도록 하기 위해, 즉, 무영장 수색을 한정하기 위해 해당 규정을 신설·개정하였다.

연방대법원은 「긴급성」을 판단할 때, 전자화 사실을 고려하고 있는데, 단, 상술한 바와 같이 그것은 불완전한 것이므로 「수사관의 영장 취득 노력」을 중시하고, 배제여부를 판단해야 한다는 것이다. 이에 제10회 미국 순회 항소 법원은 전자적 방법을 통한 영장 요건 준수에 대한 기능적 한계를 인정했다.[1153] 다음 사안을 보면, 쿠아론 마약 단속 요원들이 코카인 1파운드를 판 한 사람을 체포했다.[1154] 그 직후, 담당자들은 법원으로부터 마약이 들어온 장소를 수색하기 위한 영장을 발부받기 위해 노력하였다.[1155] 그러나 처음 체포된 지 약 40분 만에 사법당국은 압수수색영장을 기다리지 않고, 해당 장소의 증거를 확보하기로 했다.[1156] 쿠아론에서 많은 양의 마약을 나중에 발견하였는데, 이는 코카인으로 뒤늦게 판명되었고, 변기 밑에서 발견되었다.[1157]

법원은 이를 토대로 "영장 없이 집 안에서 행하는 검문 및 압수는 추정 상 불합리하

1153) 700 F.2d 582 (10th Cir. 1983)
1154) Id. at 585.
1155) Id.
1156) Id.
1157) Id.

다"라는[1158] 점에 주목한 후, 특정하고 긴급한 상황에서는 영장 없는 조사가 허용될 것이라고 밝혔다.[1159] 그러나 특정 상황이 해당 범주에 속하는지 아닌지를 판단하는 재판 판사는 전화로 영장을 얻을 가능성을 평가해야 한다고 제안함으로써 이러한 예외를 광범위하게 사용하지 않도록 주의했다.[1160] 그런데도 규칙 41(c)(2)에 기술된 절차는 "구술 증언에 근거하여 영장을 발부받기 위해서는 단순한 전화 통화 이상의 것이 필요하다"라는 점을 법원이 분명히 했다.[1161] 법원은 쿠아론의 유통업자가 즉시 돌아오지 않으면 마약을 없앨 가능성이 매우 크기 때문에, 시간 제약으로 인한 영장 없는 경찰관들의 진행은 정당화될 수 있다고 주장했다.[1162] 그러나 법원은 상황이 덜 급박했을 때, "쿠아론 자택에 대한 영장 없는 수색도 주저하지 않았을 것"이라는 점을 명시적으로 언급했다.[1163] 아마도, 기존의 전자 영장 법령의 차이와 일부 주(州)가 어떤 형태의 전화 통신 방법을 제공할 것인지 채택하지 못한 것은 절차에 대한 두 가지 주요 비판에서 비롯되었다.

구두 진술서를 근거한 전자 영장의 비판자는 (1) 태도에 관한 증거의 결여와 (2) 수색 영장을 발부하기 전에 치안판사가 검토할 서면 기록의 부재를 모두 폄하하고 있다.[1164] 사법관과 진술인 사이의 대면적 상호작용의 결여는 행동이나 다른 비언어적 단서에 근거한 신뢰도 평가를 방해한다고 주장하고 있다. 더욱이 "강력한" 문서화의 결여는 치안판사가 가능한 원인의 존재를 판단할 때 관련 사실을 충분히 평가하기 어렵게 함으로써 문제를 복잡하게 만들 수 있다.[1165]고 비판한다.

치안판사가 신뢰성을 평가하기 위하여, 영장 신청 절차와 최근의 기술적 진보에 관한 몇 가지 사실들이 이 비판을 근거 없는 것으로 만든다. 먼저, 치안판사들이 진술서를 주의 깊게 관찰하고, 행동의 단서에 근거한 미세한 차이가 있다고 암묵적으로 가정한다. 형사사법제도에 익숙하지 않은 사람들은 치안판사들이 꼼꼼하게 증거를 검토하고 진술서를 꼼꼼히 따진다고 믿겠지만, 실제로 영장 신청은 최소한의 검사만

1158) Id. at 586 (citing Payton v. New York, 445 U.S. 573 (1980)).
1159) Id. (citations omitted)
1160) Id. at 588
1161) Id. at 590
1162) Id.
1163) Id.
1164) Beechen, supra note 26, at 701; Israel, supra note 98, at 261
1165) Id.

거쳐 승인되는 경우가 많다.[1166] 이에 라파브 교수는 "판사가 직접 서명하는 영장의 내용에 대한 검토 없이 서류만 스캔한 것"이라고 말했다. [1167]

게다가, 주(州) 전자 영장 절차와 연방 시스템 모두 사실 진술을 하기 전에 요청한 경찰관에게 선서하도록 요구하고 있다.[1168] 사실을 말하기 위한 이 엄격한 의무는 더 나아가 치안판사의 정밀 조사에 대한 필요를 검토하게 한다.[1169] 예를 들어, 법 집행 기관은 종종 법관들과 소통하는데, 이러한 반복된 소통은 그들이 진실하게 행동하도록 돕고, 선서 하에 부정확하거나 거짓된 진술을 하지 못하게 한다.[1170] 만약 경찰관들이 이 의무를 무시한다면, 그것은 그의 직업적인 평판에 상당한 손상을 입게 될 것이고, 결국 법을 집행하는 그의 능력에 영향을 미칠 수 있다고 한다.

이런 식의 비판은 최근의 기술적 진보에 비추어 볼 때 정당성이 떨어진다고 볼 수 있다. 왜냐하면 미국 주(州)의 경찰 순찰차에 개인용 컴퓨터가 통합되면서 현장 경찰관들은 이전에는 불가능했던 방식으로 사법부와 연결되었다.[1171] 현재 많은 순찰차는 주(州)나 체포된 사람에게 고발된 사건에서 증거를 보존하기 위해 정지한 것을 기록하는 소형 비디오카메라를 장착하고 있다.[1172] 게다가, 많은 사람은 경찰 본부나

1166) See Wayne R. LaFave, Arrest: The Decision to Take a Suspect into Custody, 34 (1965)

1167) Id.

1168) See supra Parts III, IV

1169) See. United States ex rel. Pugh v. Pate, 401 F.2d 6, 7 (7th Cir. 1968) (specifying that the oath requirement is significant because it forces the requesting officer to take ultimate responsibility for the facts alleged)

1170) See id.

1171) See Beci, supra note 9, at 319-21

1172) Tom Jackman, Police Enter Video Era, Cameras Installed on Five Cruisers, Wash. Post, Apr. 13, 2000, at V1 (indicating that the Virginia State Police have had video camera--equipped patrol cars for years and that the Fairfax County Police Department is following suit by equipping their cruisers with similar technology); Beth Kaiman, 14 Seattle Police Cruisers to Roll With Video Cameras, Seattle Times, July 17, 2001, at B3 (indicating that video cameras will be installed in fourteen Seattle police cruisers as a first step toward deciding whether to equip Seattle's 220 patrol cars with the cameras); Tom McWilliams, Video Cameras in Police Cars Benefit Citizens, State News, July 8, 1999, available at http://www.state-news.com/editionssummer99/071299/op_ col2.html (indicating that Michigan has budgeted $430,000 for video cameras in police patrol cars around the state and detailing the benefitsof implementing such technology); Ben Schmitt, Squad Cars Get Video Cameras, Detroit Chief Hails Department's New Technology, Detroit Free Press, Oct. 11, 2000, at 1B (indicating that Detroit is implementing a video system for more than three hundred of its patrol cars in order to provide a clear record of police encounters); Jersey Police Trial New Communications System, available at http://www.ananova.com/news/story/sm_354503.html (July 18, 2001) (indicating that

순찰 중인 경찰관들에게 정보를 주고, 받을 수 있는 무선전화 전송 기술을 갖추고 있다.[1173] 따라서, "원격" 대면 지원을 가능하게 하여, 신청인의 시각적 신호를 그의 방에 있는 치안 판사에게 전송하기 위한 기존 기술을 쉽게 적용할 수 있다. 이는 치안판사가 영장 신청에 대해 심문하고, 반응을 감시할 수 있게 함으로써 분명히 태도에 대한 비판에 관해 불리하게 작용할 것이다. 또한 현장 책임자의 추가적인 이점으로서 개연성 있는 원인에 대한 사법적 판단에 도움이 되는 사건이나 항목을 규칙에 의해 전송할 수 있다. 영장 신청 과정에서 치안판사가 태도에 관한 증거에 의존도가 미미하고, 사법관들이 시청각 영상을 동시에 전송할 수 있는 새로운 능력을 고려할 때 위에서 제시한 비판은 유효하지 않다.[1174]

또 다른 의혹에 관한 비판은 전화 영장 발부 전, 서면 기록이 없다는 점을 지적하고 있다. 제3조와 제4조에 주(州) 및 연방 규정에 관해 상세히 설명되어 있듯이, 일반적으로 서면 기록은 신청이 이루어진 후에 적용되며, 치안판사는 신뢰할만한 구술 증언만을 남겨둔다.[1175] 이 비판은 아마도 치안 판사가 신청에 관한 대화를 메모하지 않고, 서면 기록 없이 가능한 원인을 정확하게 결정할 증거가 부족하다는 가정에 근거한 것으로 추정된다. 그러나 이 비판은 여러 가지 이유로 인해 근거가 없다고 판단된다.

먼저, 가장 확실한 반론은 서면 기록에 관한 비판은 전화 영장 신청만 해당되고, 팩시밀리나 이메일 제출에는 해당되지 않는다는 것이다. 이러한 부분에서 일부 국가들이 팩시밀리 영장에 관한 절차를 제정했지만, 전화 영장에 대한 조항에 대해 어떠한 준비도 하지 않고 있었다. 그러나 주(州) 및 연방 절차 모두 구두의 신청이 기록될 것을 요구하기 때문에, 비록 시각적인 검토를 할 수 없는 기록일지라도 영구적으로 기록이 생성되어야 한다.[1176]분석의 정확성을 보장하기 위해 신청자를 심문하는 동안

---

police in New Jersey are experimenting with a new communications system using cameras fixed on patrol cars to beam live video footage recorded at crime scenes to computer screens.

1173) See P. J. Huffstutter, Heard on the Beat in Orange County; Police Get Mini Laptops, L.A. Times, June 8, 1998, at D5 (indicating that the Newport Beach Police Department has full-sized, E-mail-capable laptops in all of its patrol cars); Bill Pietrucha, DC Cops Get Wireless Network, Newsbytes News Network, Mar. 18, 1998, available at 1998WL 50324881998 WL 5032488 (noting that Washington, D.C. will have installed a network of e-mail capable computers in its police vehicles by the end of 1998) (최종검색 2020.09.23.)

1174) See Beechen, supra note 26, at 703; Israel, supra note 98, at 261

1175) See supra Parts III, IV; Beechen, supra note 26, at 703

치안판사는 어떤 결정적인 사실을 메모하거나 가능한 원인의 필수 요소에 대한 개인 체크리스트를 작성하고, 또는 그의 상황에 대한 구체적인 세부사항에 관해 다시 질문하는 것을 선택할 수 있다. 이러한 사항은 특히 비교적 단순한 사실적 시나리오가 있는 상황에서 발행된 영장의 유효성을 보호하기에 충분해야 한다.[1177] 캘리포니아 법원이 강조했듯이, "치안판사는 가능할 법한 원인을 자주 판단하고, 구두 증언에 관한 다른 정확한 판결을 내려야 한다."[1178] 그러므로 전화 절차는 사법관들이 익숙하지 않은 업무를 수행하도록 요구하지 않는다. 구체적이고 복잡한 조사는 구두 적용에 적합하지 않을 수 있다.[1179] 그러나 영장 청구는 "일반적으로 긴 수사의 정점"이기 때문에 압수수색영장 확보 속도가 종종 필수적인 요소는 아니다.[1180] 따라서 장황하고 상세한 내용에 대해 전통적으로 작성된 것과 달리 전화 절차를 사용할 필요가 거의 없다.[1181]고 한다.

다음 네브래스카의 전자적 조항에서 증명된 바와 같이, 구두 신청서를 제출하기 전에 경찰관이 지방 검사에게 연락할 것을 요구할 수 있다.[1182] 신속한 영장 절차에 역효과를 낳는 것처럼 보일 수 있지만, 숙련된 법률 전문가의 도움을 받아 신청자가 제출을 간소화하고, 가장 중요한 사실을 강조하며 가능한 원인에 대해 치안판사가 용이한 결정을 할 수 있다는 이점이 있다.[1183] 한 평가자는 "이번 학회에서 소요된 시간은 치안 판사로부터 영장 신청을 받는데 실제로 걸리는 시간을 단축함으로써 상쇄될 것"이라고 말했다.[1184] 따라서, 치안 판사의 검토에 앞서 모든 지방 검사의 상담은 신속한 신청의 목적과 일치한다고 볼 수 있으며, 서면 기록이 부족하여 발생할 수 있는 잠재적 문제를 개선하는 데 도움이 될 수 있다.

1176) See supra Parts III, IV
1177) See Beechen, supra note 26, at 704-05 (noting that when a simple warrant application is being made, a written record may add little if anything to aid the magistrate in determining whether probable cause exists, or to assist him in determining the scope of the allowable search)
1178) People v. Peck, 38 Cal. App. 3d 993, 1000 (Cal. Ct. App. 1974)
1179) Beechen, supra note 26, at 703-04
1180) Id.
1181) Id.
1182) See Neb. Rev. Stat. Ann. § 29-814.03(Michie1999)
1183) Beechen, supra note 26, at 705
1184) Id.

서면 신청 요건을 건너뛰는 것은 현실적으로 영장 조달에 필요한 시간을 줄일 수 있는 가장 효과적인 방법의 하나다.[1185] 또 하나의 영구적 형태의 문서가 만들어지는 한, 전화 절차에 대한 비판은 거의 정당화되지 않는다. 시간을 고려하여 치안 판사의 개연성 있는 사유 결정의 타당성이 서면 기록에 의해 현저히 향상되지 않는 상황에서는 그 요건을 포기하지 않을 이유가 거의 없음으로, 법 집행관이 더 효과적이고 헌법적인 방법으로 그들의 목적을 달성할 수 있도록 허용해야 한다.[1186]는 것이다.

예를 들어, 영장 신청 절차에 우호적인 사람은 흔히 법정 환경에 상당히 노출된 경찰관이다.[1187] 불가피한 영향은 영장 신청 절차에 익숙하지 않은 일반 시민의 경우처럼 거짓말과 관련된 '신경질적인' 행동 신호(즉, 동공 크기 감소, 땀 흘림, 눈 깜빡임, 시선 낮추기 등)가 치안판사에게 분명하게 드러나지 않는다는 점이다.[1188] 게다가 전통적 방식의 전화기를 사용하는 치안판사가 진술자를 시각적으로 평가할 수 없을지라도, 그는 여전히 전화를 건 사람을 조사하거나 경찰관에게 구두로 요청할 기회를 가지고 있다. 이러한 이점은 단순히 다른 개인으로부터 그의 정보를 받은 신청자를 관찰하는 것보다 훨씬 더 중요한 것으로 보인다.[1189]

이러한 사례들은 전화나 다른 전자적 수단으로 수색 영장을 이용할 수 있다는 것이 영장 없는 수색에 대한 타당한 이유를 상당 부분 제외함을 분명히 보여준다.[1190] 법원으로부터의 거리, 치안 판사 앞에 직접 출두하는 데 필요한 시간, 정상적인 '업무시간' 이후 영장을 발부받는 불편함 등을 예외 시키기 위해 기존에 사용되었던 많은 요소가 새로운 절차의 존재로 인해 훨씬 낮은 설득력이 있다고 본다.[1191] 전자적 조항이 있는

1185) See id. at 703

1186) Nothing in the Fourth Amendment requires that a warrant be based on a written affidavit. Only "probable cause supported by Oath or affirmation" is necessary. U.S. Const. amend. IV;see United States v. Johnson, 561 F.2d 832, 843 (D.C. Cir. 1977)(stating that nothing in either the Fourth Amendment prevents the oral authorization of search warrants);Beechen, supra note26, at 703-05; see generally John E. Theuman, Annotation, Validity of, and Admissibility of Evidence Discovered in, Search Authorized by Judge over Telephone, 38 A.L.R. 4th 1145 (1985)(discussingthe validity of telephonically authorized searches and seizures)

1187) Beechen, supra note 26, at 702

1188) Id.

1189) Israel, supra note 98, at 261

1190) Marek, supra note 23, at 38; see Beci, supra note 9, at 319-20, 325, 327

1191) Beechen, supra note 26, at 706-10; Marek, supra note 23, at 38; see Miller, supra note 116, at 385

경우, 그러한 이유를 중요하지 않은 상황을 예외로 규정하기에 충분하다고 간주하지 않아야 한다.[1192] 이에 따라 법원은 "긴급" 상황에서 영장을 발부하지 않은 것에 대한 이유를 간소화하고, 예상되는 긴급 상황을 피하고자 제때 전자 영장을 발부받지 못했다는 것을 정부가 증명할 수 있을 때만 영장 없는 수색을 허용해야 한다.[1193] 비록 연방정부와 소수의 주(州)가 형사소송의 혁신과 관련하여 주도권을 잡았지만, 부정할 수 없는 전자 영장의 출현은 형법을 개정하지 않은 주(州)들이 그들의 입장을 재평가해야 한다는 것을 암시한다.[1194]

50개 주 사이에 지리, 크기, 인구 밀도, 재정 자원 그리고 무수한 요인의 다양성을 비추어 보았을 때 현명하지는 않지만, 전국적으로 통일된 시스템을 채택하기 위해 개정하는 것은 어려울 것이다. 그런데도 연방 형사소송규칙(c)(2)에 기술된 절차는 입법 기관의 형법 개정 노력을 지시할 수 있는 일반적 지침을 제공한다. 이미 전자 영장 법령을 채택한 관할 구역과 인구 통계가 유사한 주(州)도 해당 지역의 법 집행관에 대한 효율성을 극대화하기 위해 연방 시스템을 개정하는 데에 찬성하는 것을 알 수 있다.

컴퓨터와 휴대폰 기술의 새로운 발전으로 전자 영장 조항이 훨씬 더 유리해졌다. 전통적인 절차에 따른 필요한 시간보다 짧은 시간 내에 영장을 발부받을 수 있는 여러 가지 대안 법을 만들어냄으로써, 전자 영장 조항은 더욱 균형 잡힌 4차 개정 법률로 돌아갈 수 있게 한다.[1195] 법원은 영장 요건을 통해 법 집행 노력을 촉진하는 것과 개인의 자유를 보호하는 것 중 하나를 선택하도록 강요받지 않을 것이다.[1196]

1192) See Beechen, supra note 26, at 717 (indicating that "[t]he timeliness and flexibility of the oral warrant concept should cause both the courts and the police to reexamine the circumstances which have been used to circumvent the warrant requirement); Marek, supra note 23, at 46

1193) Beci, supra note 9, at 320; Beechen, supra note 26, at 710; Marek, supra note 23, at 39

1194) See Nat'l Advisory Comm'n on Criminal Justice Standards and Goals, Report on Police 95 (1973) (recommending that "every State enact legislation that provides for the issuance of search warrants pursuant to telephoned petitions and affidavits from police officers"

1195) Miller, supra note 116, at 386 (noting that in 1973, sixty-five percent of all telephonic search warrants took one hour or less from the time when the field officer decided he wanted a search warrant until the time of issuance, and the remaining thirty-five percent were completed in less than two hours

1196) Beci, supra note 9, at 327

오히려, 더욱 유연하고 효율적인 전자 프로세스를 사용하여 두 목표를 동시에 달성할 수 있다.[1197] 따라서 영장 없는 수색을 정당화하기 위해 사용되는 다양한 원칙은 전자적 절차에 따른 새로운 영장의 이용 가능성을 표준으로 비추어 검토되어야 하며, 적절히 제한되어야 한다.[1198] 예외적인 긴급 상황에 대해서는 최소한 검찰을 비롯한 수사기관은 영장 없는 수색의 합헌성을 정당화하기 위해 훨씬 더 즉각적이고, 중대한 비상사태를 입증해야 한다.[1199]

아직 그렇게 하지 않은 주(州)가 전자 영장 조항을 채택하는 것은 기능적으로 불가피해 보인다. 도시의 무질서한 확산, 증가하는 농촌 인구 밀도, 다수의 교통 문제, 그리고 전국적으로 인구가 밀집한 지역에 발생하는 범죄 활동의 확산에 비추어 볼 때, 영장을 발부받기 위해 경찰관이 치안 판사에게 요청하러 가도록 의무화하는 것은 그 요건을 사실상 포기하는 결과를 초래할 수 있다.

제8회 미국 순회에서 "만약 경찰관들이 수색영장을 확보할 수 없다면 그 문제의 해결책은 국민의 4차 개정을 희생시키는 것이 아니라 영장 조달 절차를 간소화시키는 것이다."라고 말했던 것처럼,[1200] 유연한 전자 보증 절차는 21세기의 과제를 극복할 수 있도록 현재의 시스템을 개정하는 것이 가장 효과적인 방법임을 명확하게 제시하고 있다. 다시 말해서, 법원으로부터의 거리, 치안 판사 앞에 직접 출두하는데 필요한 시간, 정상적인 '업무시간' 이후 영장을 발부받는 불편함 등을 예외 시키기

1197) See id

1198) Beechen, supra note 26, at 717 (indicating that "the timeliness and flexibility of the oral warrant concept should cause both the courts and the police to reexamine seriously the circumstances which have been used to circumvent the warrant requirement"

1199) See Marek, supra note 23, at 39

1200) 473 F.2d 389, 394 (8th Cir. 1973); Beechen,s upranote26, at718, I would like to extend my sincere gratitude to Professor Donald Hall of the Vanderbilt Law School for his assistance in developing my Note and for his insights on Fourth Amendment search and seizure law—without his guidance, this Note would not have come to fruition. I would also like to thank my parents, Dr. Harold T. Smith and Dr. Ann W. Smith, for critiquing countless drafts of the paper and for their heroic patience, continued encouragement, and valuable instruction throughout my educational endeavors. Dr. John Langton of Westminster College also deserves credit for instilling in me a desire to explore the legal and political dimensions of American society that ultimately led me to study law. Additionally, Dean Julie Sandine and Shepard D. Tate, Esq., should be recognized for supporting my efforts to write on to a legal journal. Finally, I owe many thanks to Elizabeth TeSelle, the Executive Board, and the Staff of the Vanderbilt Law Review. Their thoughtful comments, copious editing, and attention to detail were deeply appreciated

위해 기존에 사용되었던 많은 요소가 새로운 절차의 존재를 더욱 더 설득력이 있다고 본 것이다.[1201]

이처럼 전자적 조항이 있는 경우, 이유를 중요하지 않은 상황을 예외로 규정하기에 충분하다고 간주하지 않아야 하며,[1202] 이에 따라 법원은 "긴급" 상황에서 영장을 발부하지 않은 것에 대한 이유를 간소화하고, 예상되는 긴급 상황을 피하고자 제때 전자 영장을 발부받지 못했다는 것을 정부가 증명할 수 있을 때에만 영장 없는 수색을 허용해야 할 것이다.[1203]

5. 사전적 또는 사후적 영장제도의 개선방안 제시

실질적 요건(「영장의 사전 제시 원칙」의 예외 허용 여부)을 검토함에 있어서 앞서 언급했듯이, 수색 압수 있어서 영장은 원칙적으로 그 집행에 앞서 제시되어야 한다. 예외적으로, 집행에 착수한 후의 영장제시로도 허락되는가 하는 점은, 영장 제시에 의해 보전되어야 할 이익이고, 수사의 실효성 확보라는 점에서 결정되어야 할 문제이다.[1204] 이 문제를 검토함에 있어서 판례 및 학설에 있어서, 애초에 영장의 표시가 불필요하게 되어 있는 경우가 있다는 점에 주의해야 한다. 영장의 사전 제시가 이루어지지 않는 이유는 그 시점에서 영장의 제시가 필요 없는 사유이기 때문이다. 영장의 제시가 불필요해지는 경우로서 다음의 두 가지 유형이 있다. 즉, 첫째, 피처분자가 영장제시의 이익을 포기했다고 할 수 있는 경우, 둘째, 피처분자가 부재인 경우이다.

제1유형의 구체적인 예로, 피처분자가 수사관의 영장제시에 대해, 수색압수의 집행에 저항할 뿐, 영장을 보려고 하지 않았지만, 법원은 「영장이 이미 발부된 사실을 고지 된 본건과 같은 상황 하에서 원고[피처분자]로서는 오히려 자진하여 영장을 판독하여 수색압류절차 영장의 기재에 따라 적법하게 진행되는 여부를 확인하는 것에

1201) Beechen, supra note 26, at 706-10; Marek, supra note 23, at 38; see Miller, supra note 116, at 385

1202) See Beechen, supra note 26, at 717 (indicating that "[t]he timeliness and flexibility of the oral warrant concept should cause both the courts and the police to reexamine the circumstances which have been used to circumvent the warrant requirement); Marek, supra note 23, at 46

1203) Beci, supra note 9, at 320; Beechen, supra note 26, at 710; Marek, supra note 23, at 39

1204) 辻本 典央, 捜索差押令狀の呈示のない住宅への立入 -最決平成14年10月4日 刑集56巻8号507頁-, Law review of Kinki University(近畿大学法学部) 53(1), 42-30, 2005-07, 5頁.

주의를 기울여야하는 바, 원고는 같은 피고[수사관]가 본 건 수색 압수의 내용을 종결하기 위해 본 건 영장을 보도록 지시하였는데, 그럼에도 불구하고, 여전히 수색 압수 자체에 의하는 것에만 급하여 영장의 열람은 스스로 거절하는 태도를 취한 것이므로, 원고가 본건 수색압류 전에 본건 영장을 읽지 못했다 하더라도, 그것은 읽으려고 하지 않았던 원고의 태도에 의한 것이라고 할 수 있으므로, 이를 위법한 절차로서 피고에게 그 책임을 맡기려고 하는 것은 용서받지 못한다고 해야 한다.」라고 판시하고, 결과적으로 영장이 제시되지 않고 이루어진 일련의 수사절차를 적법하게 했다.[1205] 한편, 수색압수영장의 제시를 곤란하게 할 사정이 없는데도 불구하고, 처분을 받는 자에게 제시하지 않고 집행 한 수색압수를 위법으로 보고 있다.[1206]

제2유형의 구체적인 예로서, 법원은「수색영장 또는 압수영장을 집행하기 위해서는 집행 착수 전에 위 영장을 처분 받는 자에게 제시해야 하며, 위와 같은 처분을 받는 자와는 수색해야 할 장소 또는 압수해야 할 물건의 직접적인 지배자를 가리키며, 처분을 받는 자가 부재일 때에는 영장을 나타내는 것이 불가능하므로 제시하지 않으며, 집행에도 불법이 아니다.」라고 판시하여 영장 제시를 필요로 했다.[1207] 또한 피처분자가 부재한 관계로 경찰관이 입회하여 수색압수의 집행이 개시되었지만, 도중에 피처분자가 귀가한 경우, 동인에 다시 영장을 제시하지 않아도, 위법이 아니라고 판시하였다.[1208] 이와 같이, 판례 및 학설상, 영장의 제시를 필요로 하는 유형이 인정되고 있다.[1209] 제2유형에 의해 정당화되기 위해서는 ⅰ긴급하게 집행해야할 필요성과 ⅱ입회인들에 대한 영장 제시를 들고 있다.[1210] ⅰ는 수사 필요성의 관점, ⅱ는 피처분자의 이익보호 및 수사의 공정성 담보라고 하는 관점에서, 각각 요구된다고 볼 수 있다. 대법원 결정에 있어서는, '인권을 배려한다'는 것뿐만 아니라 '절차의 공정을 담보한다'는 문제에 관심을 가지지 않을 수 없다. 즉, '절차의 공정을 담보한다고 하는 취지'는 '수사기관이불법적으로 수색, 압류를 행하는 경우 등'의 방어 기회를

1205) 東京地判昭和50年 5月29日判時805号84頁.
1206) 大阪高判平成 7年 1月25日高刑集48巻1号1頁.
1207) 東京高判昭和40年 10月29日判時430号32頁.
1208) 名古屋高判昭和26年 9月10日高刑集4巻13号1780頁.
1209) 白取祐司「捜査官の欺周による「承諾」と手続の適正『内田文昭先生古希祝賀論文集』493頁 (2002年 , 青林書院)에서는 영장제시의 「노티스 기능」을 강조하여 사전제시 원칙을 관철해야 한다고 주장하고 있다.
1210) 三井·前掲注(3)「刑事手続法(1)」43頁.

피처분자에게 주면 실현될 수 있다는 생각과 연결된다.[1211] 또한 피처분자에게 '수인해야 할 처분의 내용을 예지하도록 하는' 것도 방어 기회를 주는 데 필요하다고 이해된다. 그리고 이러한 방어의 기회를 주기 위해서는 원칙적으로 사전제시가 요구된다는 결론에 이른다.[1212]

따라서 대법원 결정에 의해 제시된 바와 같이, 영장의 제시가 '절차의 공정을 담보하는 동시에 처분을 받는 자의 인권을 배려하는 취지에서 나온 것'이라고 한다면, 출입하기 위한 조치에 대해서는 권한의 실질로부터 가능한 한 권한의 적정한 행사를 확보해야 하는 동시에, 피처분자의 권리·이익을 부당한 침해로부터 보호해야 하는 것이다.[1213] 일본 대법원 결정에 따르면, '형소법상의 수색 압수 허가장의 제시는 절차의 공정을 담보하는 동시에, 처분을 받는 자의 인권을 배려하는 취지에 나온 것'이라고 한다. 이 판시는 몇 가지 판례[1214]에서 언급되었던 취지를 대법원이 확인하는 의미를 갖는다. 즉, 수색·압수의 실시에 의해 제한되는 개인의 권리·이익이 '처분을 받는 자의 인권'에 해당한다고 한다면, 이 '인권을 배려한다'는 것과 적정한 범위에서 벗어난 수색·압수를 막기 위해 '절차의 공정을 담보한다'는 등식을 고려해야 할 것이다.[1215]

6. 정보인권과의 실제적 조화를 위한 법정책적 방안

가. IT기본권의 의의

IT기본권의 내용을 구체화함에는, 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결에 비추어, 다음의 3가지 점을 명확히 할 필요가 있다. ① IT시스템에 대한 침입이라고 하는 경우에 있어서 'IT시스템' 및 '침입'이란 각각 구체적으로 무엇을 의미하는지의 점, ② IT기본권이 인정되기 위한 요건은 무엇인지의 점, ③ 어떠한 요건 하에서 정부에

1211) 岩下雅充, 捜索令状・差押え令状の呈示：事前呈示の原則とその例外との関係, 京都学園法学 2010年・第3号, 58頁.
1212) 岩下雅充, 捜索令状・差押え令状の呈示：事前呈示の原則とその例外との関係, 京都学園法学 2010年・第3号, 58頁.
1213) 岩下雅充, 捜索令状・差押え令状の呈示：事前呈示の原則とその例外との関係, 京都学園法学 2010年・第3号, 49-50頁.
1214) 도쿄 고등법원 1982년 3월 29일 판결・前掲注15), 오사카 고등법원 1994년 4월 20일 판결・前掲注15), 오사카 고등법원 1995년 1월 25일 판결・高刑集48 巻1 号1 頁.
1215) 岩下雅充, 捜索令状・差押え令状の呈示：事前呈示の原則とその例外との関係, 京都学園法学 2010年・第3号, 57頁.

의한 IT기본권에 대한 간섭이 정당화될 수 있는지의 점이다.

'IT시스템'이 무엇을 가리키는 것인지에 관해 학설상으로는 다음과 같이 설명된다. IT시스템이라는 용어는 독일 내무성(Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat: BMI)으로부터 제안된 것으로서[1216], 현재 및 장래의 과학기술의 발전을 개괄하기 위해 의식적으로 택해진 광범한 개념이며[1217], 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결에서 말하는 IT시스템은, 보호범위를 확고하게 기술적으로 설정함으로써 장래의 기술적인 혁신이 봉쇄되는 것 및 사정의 변화에 응해 그것을 재(再)정의해야 하는 것을 막기 위해, 전자적 데이터를 처리하는 모든 시스템을 포괄하는 넓은 개념으로 이해되어야 한다는 것이다[1218]. 이에 대해, 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결은 IT시스템의 의미를 정면에서 정의하고 있지는 않지만, 그 전문(全文)에 따르면, IT기본권이 보호대상으로 하는 IT시스템은, 컴퓨터와 마찬가지의 고도(高度)의 계산능력을 가지는 단말기의 계통(系統) 내지 그와 같은 단말기의 계통(系統)을 연결하는 네트워크의 계통(系統) 혹은 각각의 계통(系統)의 집합에 한정되고 있는 것처럼 보인다. 다만, 여기에서 말하는 IT시스템의 단말기는 컴퓨터에 한정되는 것이 아니라 고도(高度)의 정보처리가 가능한 다기능 단말기라면 그것도 모두 포함하는 것이다.

이 점에 관해 독일의 연방헌법재판소(BVerfG)는, IT시스템에 대한 침입(예컨대 온라인-수색(Online-Durchsuchung)은 인간의 생활형성의 핵심적인 부분을 통찰(洞察)하거나 전(全)인격상(人格像)을 완전히 재해석하는 것까지도 가능하다고 하는 고도(高度)의 침해성을 가지는 것이며, IT기본권은 그와 같은 고도(高度)의 침해성에 대응하기 위해 제공되어야 하는 특별한 기본권보호이며, 그 보호의 적용범위는 개인용 컴퓨터에 그치지 않고 광범한 기능범위를 통해 자유로이 아용하거나 다양한 개인데이터를 기록·저장할 수 있는 단말기전화 내지 전자메모장 등에도 미친다고 보았다[1219]. 그런데 그와 같이 IT시스템의 개념을 구체적으로 정의하는 경우에는, 보호범위를 확고하

1216) Die Antworten des Bundesministeriums des Innern auf den Fragenkatalog des Bundesministeriums der Justiz(https://netzpolitik.org/wp-upload/fragen-onlinedurchsuchung-BMJ.pdf〈2020.4.3.〉) 참조. (최종검색 2020.09.16.)

1217) Gerrit Hornung, 'Ein neues Grundrecht – Der verfassungsrechtliche Schutz der „Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme"', in: CR, 2008, p.301 이하.

1218) Gerrit Hornung, 'Ein neues Grundrecht – Der verfassungsrechtliche Schutz der „Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme"', in: CR, 2008, p.301 이하.

1219) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.197 및 Rdn.203.

게 기술적으로 획정함으로써 장래의 기술적인 혁신이 반영되기 어려운 점 및 기술의 변화에 응해 그것을 재(再)정의할 필요성이 생기는 점 등이 문제점으로서 지적된다. 여기에서의 문제의 핵심은, IT시스템의 개념을 고정시켜두면 보호범위가 한정되어버리는 한편, 역으로, IT시스템의 개념을 획정해두지 않으면 IT기본권에 의한 보호범위가 불명확하게 되어버린다고 하는 딜레마가 생기는 데에 있다.

이 점에 관해 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결은 IT시스템의 개념을 정면에서 정의하지 않음으로써, 그 개념이 고정화되는 것에 따른 IT기본권의 보호범위의 제한의 문제를 피하고, IT기본권에 의한 보호범위에 관해서는 이른바 배제방식에 의해 그것을 획정하고 있다. 여기에서 말하는 배제방식이란, 기존의 기본권에 의해 보호되고 있지 않은 범위를 밝혀낸 다음 그것들만을 IT기본권의 보호범위로 하는 방법을 말한다. 구체적으로는, 독일의 연방헌법재판소(BVerfG)는, 종래의 통신의 비밀에 관한 기본권, 주거불가침에 관한 기본권, 프라이버시에 관한 권리 및 정보자기결정권에 의해 보호될 수 없거나 충분히 보호되지 않는 부분(즉, 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결이 말하는 '보호의 간극(間隙)')을 IT기본권의 보호범위로 정의하고 있다[1220].

2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결은, 정면으로부터 IT기본권의 의미 내지 보호범위를 획정한 것이 아니라 이른바 배제방식을 통해 그것을 행하고 있다. 그런데 기존의 기본권에 의해 보호될 수 없거나 충분히 보호되지 않는 부분에 관한, 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결의 배제방법적 설명이 불충분했기 때문에, IT기본권을 새로이 창출할 필요성에 관해 독일에서는 격렬한 논쟁이 벌어졌다[1221].

2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결의 설명에 따르면, 전송과정이라고 하는

1220) Burkhard Schröder & Claudia Schröder, Die Online-Durchsuchung: Rechtliche Grundlagen, Technik, Medienep.105 이하. cho, 2008, 또한, Oliver Lepsius, 'Das Computer-Grundrecht: Herleitung-Funktion-Überzeugungskraft', in: Frederik Roggan (Hrsg.), Online-Durchsuch ungen - Rechtliche und tatsächliche Konsequenzen des BverfG-Urteils vom 27. Februar 2008, 2008, p.42 참조.

1221) Oliver Lepsius, 'Das Computer-Grundrecht: Herleitung-Funktion-Überzeugungskraft', in: Frederik Roggan (Hrsg.), Online-Durchsuchungen - Rechtliche und tatsächliche Konseq uenzen des BverfG-Urteils vom 27. Februar 2008, 2008, p.21 이하; Burkhard Schröder & Claudia Schröder, Die Online-Durchsuchung: Rechtliche Grundlagen, Technik, Medie necho, 2008, p.107 이하; Gerrit Hornung, 'Ein neues Grundrecht – Der verfassungsrechtl iche Schutz der „Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme"', in: CR, 2008, p.301 이하 참조.

요소를 필요로 하는 「기본법(Grundgesetz)」 제10조(통신의 비밀)나 보호의 범위를 물리적인 공간에 대한 유형(有形)·무형(無形)의 침해에 한정하는 「기본법(Grundgesetz)」 제13조(주거불가침)에 의해서는, 이미 저장되어 있는 데이터를 대상으로 하면서 물리적인 공간이라는 개념으로부터 벗어나는 온라인-수색(Online-Durchsuchung)의 문제에 대응할 수가 없었다. 또한, 프라이버시 영역의 이론과의 관계에서는, 거기에서 말하는 영역이 개념이 물리적인 공간만을 가리킨다는 전제에 선다면, 물리적 공간에 의존하지 않는 온라인-수색(Online-Durchsuchung)의 문제에 대응할 수가 없다는 결론이 도출될 것이다. 그렇지만 통신의 비밀의 보호가 왜 전송과정을 필요로 하는 것인지에 관해서는 의문이 있고, 또한, 만일 영역의 개념 내지 주거불가침이라고 하는 장소의 의미를 가상공간에까지 확장할 수 있다고 하면, 앞서 말한 결론도 바뀔 것이다.

나아가, 정보자기결정권으로써는 온라인-수색(Online-Durchsuchung)에 대응할 수 없다는 점에 관한 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결이 설명은 통설적인 입론이라고는 할 수 없고, 논리상으로도 모순 내지 불충분한 점이 있다. 즉, 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결은, 정보자기결정권에 의해 보호되지 않는 부분이나 충분히 보호되지 않는 부분을 IT기본권의 보호범위로 하는, 이른바 배제방식을 채용하면서도, IT기본권은 정보자기결정권과 중첩하는 부분이 있다고 인정하고 있다. 또한, IT기본권은 정보자기결정권을 넘어, 개인의 행동의 자유 내지 프라이버시에 관한 헌법상의 보호를 강화·확대하는 것을 도모한다는 보호강화기능을 가진다고 설명하고 있지만 이 보호강화기능의 구체적인 내용을 명확히 하고 있지는 않다. 이러한 정보자기결정권이란 기본권이 있는데 다시 IT기본권이 필요한가에 대한 논쟁으로 인해 IT기본권의 창출을 필요로 하는 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결이 제시한 모든 논거 가운데에서 이 점이 가장 비판을 받는다.

나. 정보인권과의 조화

사진촬영이나 전화감청을 실시하는 경우에는, 분할되어 있지 않은 상태에서의 화상이나 음성을 그대로 취득할 수 있는 것인 반면, 수사기관이 IT시스템에 있어서의 전송 중의 데이터를 포착하려는 경우에는, 대상이 되는 데이터 전체로부터 분해되어 뿔뿔이 흩어져 있는 된 코드밖에 취득할 수 없는 것이다. 이 점은, 이미 단말기에

저장되어 있는 데이터를 대상으로 해서, 그것을 원격조작에 의해 취득하는 경우(예컨대, 온라인-수색(Online-Durchsuchung))도 마찬가지다. 그 때문에, 소량의 흩어져 있는 코드를 입수하는 것만으로는, 목적한 정보(원시(原始) 데이터의 전모(全貌))를 복원할 수 없고, 수사목적을 달성하는 것은 불가능하게 된다.

그런데 수사기관이 취득한 코드가 일정 양에 달하면, 적절한 툴을 사용해서, 각각의 코드를 취득한 당시의 문맥(Kontext)을 단서로 해서, 코드끼리의 조합 가능성을 추산함으로써 일부의 코드로부터라도 원시(原始) 정보의 전모(全貌)를 역으로 추지(推知)하는 것이 가능하게 되거나, IT시스템을 이용하는 이용자의 전(全) 인격상(人格像)을 완전히 해석하는 것까지도 가능하게 된다. 즉, 주소나 생일 등의 개인정보의 수집은 물론이거니와 개인의 습관, 성격, 기호(嗜好) 내지 그 사람과 관련하는 모든 사항(예컨대, 연인, 애완동물, 가족, 업무 등)을 해명하면서, 그것에 의해 나아가 그 개인의 인격에 관한 전면적인 프로파일을 형성하고 갱신해가는 것까지도 가능하게 되는 것이다.

통신의 비밀, 주거불가침, 프라이버시 영역이 이론에 의한 보호를 제공하는 전제로서는, 그 전에, 통신의 비밀에 해당되는 데이터와 그렇지 않은 데이터, 주거로서의 영역과 그렇지 않은 영역, 프라이버시에 속하는 범위와 그렇지 않은 범위를 확정해야만 하는데, IT시스템에 있어서는, 우선, 주거를 관념할 수 없고, 또한, 분산 시스템 및 패킷(packet) 교환 기술이 채용되어 있기 때문에 프라이버시 영역과 그 이외의 영역을 구별하는 것은 원리적으로 불가능하며, 데이터의 속성은 문맥(Kontext)마다 달라지므로 – 당초에는 프라이버시적 속성을 가지지 않는 정보(예컨대, 단순히 단편적인 코드)라도 IT시스템의 문맥(Kontext)을 통해 프라이버시에 관한 정보 내지 개인의 인격에 관한 전면적인 프로파일까지도 변용할 수 있으므로 – 프라이버시의 데이터와 그렇지 않은 데이터이 구별이 생각될 수 없기 때문에 통신의 비밀에 해당되는 데이터와 그 이외의 데이터를 선별하는 것에도 무리가 있다. 즉, 통신의 비밀을 보호하기 위해 전송과정을 불요로 하고 영역의 개념 내지 주거불가침에서 말하는 장소의 의미를 가상공간까지 확장한다고 해도, 그것은 온라인-수색(Online-Durchsuchung)에 있어서는 의미를 가지지 않는다는 것을 알 수 있다. 요컨대, 통신의 비밀, 주거불가침 및 프라이버시 영역의 이론에 의해서는 보호의 흠결이 있을 수밖에 없으며, 그 점에서 IT기본권의 필요성이 인정되는 것이다. IT기본권의 정보자기결정권과의 관계에 있어

서는 다음과 같은 3가지의 문제점이 제기된다.

첫째로, 정보자기결정권에 의해 온라인-수색(Online-Durchsuchung)의 침해에 대항할 수 없다고 하는 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결이 제시한 3가지의 이유, 즉 ① 복잡한 IT시스템에 있어서는 사적(私的)인 데이터와 비(非)사적(私的)인 데이터를 구별하기 어려운 점, ② 온라인-수색(Online-Durchsuchung)을 행함에 정부가 스스로 광범한 데이터의 수집 및 처리를 하지 않더라도 IT시스템의 자율적 작용에 의해 형성된 거대한 자료창고를 이용할 수 있는 점, 그리고 ③ 온라인-수색(Online-Durchsuchung)은 개별 데이터에 대해 수집을 행하는 것이 아니라 시스템의 전체에 침입해서 거기에 있는 모든 데이터를 대상으로 하는 것이 과연 타당한 것인지를 살펴보아야 할 것이다.

둘째로, IT기본권의 장면에서 말하는 데이터의 비밀성과 종래 이해되어온 정보자기결정권에서 말하는 데이터의 비밀성은 어떻게 다른 것인지다.

셋째로, 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결은, IT기본권의 보장은 정보자기결정권을 넘어 개인의 행동의 자유 내지 프라이버시에 관한 헌법상의 보호의 강화 및 확대를 도모하고자 하는 것(이하 'IT기본권의 보호강화기능'이라고 한다)이라고 한다[1222]. 그런데 문제는, 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결이, 그 IT기본권의 보호강화기능이 구체적으로 어떤 내용을 가지는 것인지에 관해서 명확하게 설명하지 않고 있는 것이다.

이상과 같은 판례의 발전에 비추어 정보자기결정권을 인정함으로써, 정보의 보호에 관해 그 중점을 사생활의 내밀성의 보호보다는 자율적 결정의 보호에 두게 되었다고 볼 수 있고, 나아가, 정보자기결정권에 의해 비로소 개인정보는 비밀성의 유무에 관계없이 포괄적으로 헌법의 보장대상이 되었다는 관점도 나타나게 되었다[1223]. 이와 같이, 사적(私的) 데이터와 비(非)사적(私的) 데이터이 구별이 과연 정보자기결정권을 적용하기 위해 필요한 것인지에 관해서는 의문이 있는 것이다. 그리고 만약 이 요건이 필요하지 않다고 하면, 정보자기결정권의 보호를 주장하기 위해서는 사적(私的) 데이터와 그렇지 않은 데이터를 구별하는 것이 그 전제조건이라고 하면서 정보의 성격을

1222) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.198.

1223) 松本和彦, '基本権の保障と論証作法(三) - ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決を素材にして', 阪大法学 第45巻 第5号 (1995), p.804 참조.

묻지 않고 전면적인 보호를 꾀하기 위해 정보자기결정권과는 별개로 IT기본권의 창출이 필요하다고 하는 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결은 그 논거를 잃어버리게 된다. 이 점에 관해, 독일의 학설 가운데에는, 정보자기결정권의 적용은 반드시 사적(私的) 데이터와 비(非)사적(私的)데이터의 구별이라고 하는 요건을 필요로 하는 것이 아닌데도 2008년의 연방헌법재판소(BVerfG) 판결이 정보자기결정권의 보호범위를 감축함으로써 IT기본권의 보호범위를 위한 여지를 작출했다는 지적이 있다[1224].

그런데 나아가 다른 한편으로 검토해보면, 독일 연방헌법재판소(BVerfG)가 정보자기결정권의 적용에 있어서 영역이론적 사고(思考) - 이를 IT시스템의 장면에 비추어 환언하면, 보호되는 사적(私的) 영역에 관한 데이터와 그렇지 않은 데이터의 구별을 필요한 요건으로 하는 사고방식이 된다 - 를 포기하고 정보의 성격을 묻지 않게 되었다고 할 수 있는지에 관해서는 다툼이 있다[1225]. 즉, 독일에서는 학설상으로는 현재로서도 영역이론이 의연히 지배적이라고 생각되며, 판례에 있어서도 영역이론이 채용되어 있다고 할 수 있기 때문이다[1226]. 그와 같이 보면, 정보자기결정권의 보호대상을 사적(私的) 데이터에 한정되는 것이라고 이해한 2008년의 독일 연방헌법재판소(BVerfG) 판결은 종래의 판례 내지 지배적 학설에 따른 것이라고 할 것이다.

IT기본권의 보장은 어떠한 형태로, 정보자기결정권을 넘어, 개인의 행동의 자유 내지 프라이버시에 관한 헌법상의 보호를 강화하고 확대할 수 있는 것인지가 문제된다. 나아가 IT기본권과 정보자기결정권을 구별하는 2008년의 독일 연방헌법재판소(BVerfG) 판결의 결론을 정당화하고자 하면, 앞서 검토한, 2008년의 독일 연방헌법재판소(BVerfG) 판결이 제시한 이유 외에, 다음의 점에 관해서도 생각될 필요가 있다. 왜냐하면 2008년의 독일 연방헌법재판소(BVerfG) 판결은, IT시스템은 현재 극히 고도화·복잡화하고 있기 때문에 개인으로서의 이용자가가 유효한 사회적 내지 기술적인 자기방위를 행하는 것은 상당히 곤란하다고 지적하고, 그 점에서, 이용자에게 자기방위의무를 과하는 것은 정당하지 않다고 한다[1227]. Lepsius는, 2008년의 독일 연방헌법

1224) Burkhard Schröder & Claudia Schröder, Die Online-Durchsuchung: Rechtliche Grundlagen, Technik, Medienecho, 2008, p.107.

1225) 松本和彦, '基本権の保障と論証作法(三) - ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決を素材にして', 阪大法学 第45巻 第5号 (1995), p.803 참조.

1226) BVerfG, Beschluss vom 14. 09. 1989 - 2 BvR 1062/87. 또한, Max-Emanuel Geis, 'Der Kernbereich des Personlichkeitsrechts', in: JZ, 1991, p.112 이하 참조.

재판소(BVerfG) 판결의 그와 같은 입장을 토대로 해서, 개인이 IT시스템에 의해 기술적으로 지배되고 있기 때문에 - 즉, 현대사회에 있어서의 일상생활을 수행하기 위해 부득이 IT시스템의 이용을 필요로 하기 때문에 - 인격 관련적 보호목적으로부터 해방하는 것이 바람직하다고 하며[1228], '주관적 권리를 넘어선 사실상의 기회'는 보호할 가치가 있다고 보면서[1229], 2008년의 독일 연방헌법재판소(BVerfG) 판결이 제시한 새로운 기본권, 즉 IT기본권은 주관적 저항권의 고전적인 기본권적 기능[1230]이 아니라 '객관적 기본권 사상'의 범위 내에 귀속하는 것이라고 한다[1231].

Lepsius의 견해를 이해함에 있어서는 독일에서의 '기본권의 이중적 기능'의 이론을 파악해둘 필요가 있다. 독일에서는 기본권에 방어권과 보호의무의 이중적 기능이 있다고 이해된다. 그 가운데에서 방어권이란 인격의 주체인 개인이 국가의 침해에 저항할 권리를 가지는 것을 의미하고, 이는 Lepsius가 논한 '주관적 저항권의 고전적인 기본권적 기능' 그 자체다. 한편, '객관적 기본권 사상'의 논거는, 보호의무라고 하는 기능에서 구해진다. 보호의무란 국가가 일정한 법익(인격에 관한 이익에 한정되지 않는다)에 대해 필요한 보호를 제공해야 한다는 헌법상의 요구를 의미한다. 요컨대, 2008년의 독일 연방헌법재판소(BVerfG) 판결이 제시한 IT기본권이, 인격에 관한 데이터로부터 벗어나서 독립한 IT시스템의 불가침성의 요보호성을 주안으로 하는 것이라

1227) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.108 및 Rdn.207.

1228) 인격관련적 보호목적에 관해서는, 종래, 인격관련의 요보호성의 근거는 인격적 자율권(자유로운 의사에 기하는 자기결정의 권리)에서 구해져왔기 때문에, 가령 IT시스템의 경우에도 그러한 보호목적에 따른 것이라고 하면, 이용자에게는 자기방위의무가 있다고 하게 될 것이다. 즉, 이용자는, 인격적 자율권의 행사로서 인터넷에 접속함으로써 온라인에서 침입을 받을 가능성을 예견할 수 있는데도 적절한 방어조치를 취한지 않은 채로 접속한다면 그러한 권리행사에 의한 불이익한 결과(침입을 받는 것)를 감수해야 한다고 해석되는 것이다.

1229) Oliver Lepsius, 'Das Computer-Grundrecht: Herleitung-Funktion-Überzeugungskraft', in: Frederik Roggan (Hrsg.), Online-Durchsuchungen - Rechtliche und tatsächliche Konsequenzen des BverfG-Urteils vom 27. Februar 2008, 2008, p.34. '주관적 권리를 넘어선 사실상의 기회'를 바꾸어 말하면, '인격적 이익을 넘어선 비(非)인격적 이익(예컨대, IT시스템의 이용가능한 상태나 그러한 상태가 보호되고 유지됨으로써 얻어지는 편리에 대한 기대 등)'이라고 할 수 있다.

1230) 독일에서는, 고전적인 기본권은 '시민의 국가에 대한 주관적인 자유권'(주관적 권리)이라고 이해되어 왔으며, 기본권의 고전적 기능은 '침해를 예방적으로 배제한다'는 점에서 구해져왔다.

1231) Oliver Lepsius, 'Das Computer-Grundrecht: Herleitung-Funktion-Überzeugungskraft', in: Frederik Roggan (Hrsg.), Online-Durchsuchungen - Rechtliche und tatsächliche Konsequenzen des BverfG-Urteils vom 27. Februar 2008, 2008, p.34. 또한, Gerrit Hornung, 'Ein neues Grundrecht - Der verfassungsrechtliche Schutz der „Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme"', in: CR, 2008, p.302 이하 참조.

고 한다면, IT기본권은 주관적 기본권으로서의 방어권(인격적 이익만을 보호의 대상으로 한다)이 아니라 보호의무(그 보호범위는 비(非)인격적 이익에도 미친다)로부터 도출된 객관적 기본권이라고 하는 것이 된다.

이와 같이 생각하면, 객관적 권리인 IT기본권은, 인격에 관련하는 데이터를 보호의 대상으로 하는 정보자기결정권을 넘어, 인격에 관련하지 않는 데이터나 내부에 있어서 인격에 관한 내밀한 데이터가 존재하지 않는다고 일반적으로 생각되는 시스템 등에 관해서도, IT시스템의 불가침성이라고 하는 비(非)인격적 요보호성의 요소가 존재한다고 할 수 있는 한에서는, 보호를 제공하는 것이 된다. 그와 같은 의미에서, 객관적 권리로서의 IT기본권은 주관적 권리로서의 종래의 정보자기결정권을 넘어서는 '보호강화기능'을 수행하는 것이라고 할 수 있다. 2008년의 독일 연방헌법재판소(BVerfG) 판결 이전에는, 이용자가 인터넷에 접속함으로써 온라인에서 침입 받을 가능성을 예견할 수 있는데도 적절한 방어조치를 취하지 않고 그대로 접속한 경우에, 가택 내로부터 임의로 흘러나온 음성 등의 정보는 그 누구라도 수취할 수 있는 것과 마찬가지로, 기본권 침해를 주장할 수 없게 된다는 견해가 일반론으로서 존재했다[1232].

또한, 2008년의 독일 연방헌법재판소(BVerfG) 판결의 대상이 된 사건에 있어서의 전문가 증인의 의견에 따르면, IT시스템에 비밀리에 침입하는 것은 곤란한 작업이며, 특히, 표적이 되는 IT시스템의 이용자가 기술적인 보안조치를 채용하거나 오퍼레이팅 시스템을 정기적으로 갱신하고 있는 경우에는 그 곤란성이 현저하게 되어, 적어도 침입하기까지의 소요시간이 대폭 길어지게 되는 것은 틀림없기 때문에, 현재의 기술에 의하면 이용자가 효과적인 침입방지조치를 강구하는 것이 가능하다고 한다[1233]. 그와 같은 점에 비추어보면, 이용자가 스스로 방어하지 않는다는 사실을 권리포기라고 해석하는 것도 충분히 가능하다고 생각된다.

이에 대해, 2008년의 독일 연방헌법재판소(BVerfG) 판결은 IT기본권을 인정해야 할 것이라는 전제에서 다음과 같이 말하고 있다. 즉, 이용자가 IT시스템에로의 침입을 막기 위한 조치를 강구하는 것이 가능하다고 해도 방위조치를 실시하기 위해서는

1232) Martin Kutscha, 'Verdeckte „Online-Durchsuchung" und Unverletzlichkeit der Wohnung', in: NJW 2007, p.1170; Johannes Rux, 'Ausforschung privater Rechner durch die Polizei- und Sicherheitsbehörden: Rechtsfragen der Online-Durchsuchung', in: JZ, 2007, p.292.

1233) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.10.

고액의 지출이 필요하게 될 뿐 아니라 그러한 조치의 채용에 의해 시스템의 성능이 저감될 가능성도 있고, 또한, IT기술의 복잡성 및 진전의 속도에 비추어보면 어떠한 과학기술에 의한 방위의 가능성이 있는지를 정확히 예상할 수 없으므로, 개인으로서의 이용자에게 그러한 조치를 강구할 의무를 부과하는 것은 과중한 부담이라고 해야 할 것이며, 이용자가 방위조치를 강구하지 않았기 때문이라고 해서 그것을 곧바로 이용자에 의한 권리포기로 해석할 수 없다는 것이다[1234].

이상과 같이, IT기본권에 관해서는, 이용자가 스스로 방어하지 않고 있는 사실을 권리포기로는 해석하지 않는다고 한다면, IT기본권은 개인의 행동의 자유 내지 프라이버시에 관한 헌법상의 보호를 강화하고 확대하는 기능을 담당하고 있다고 할 수 있을 것이다.

이에 외국의 입법례를 참고하는 방안도 고려해 볼 수 있지만 우리의 현실에 맞도록 입법하는 것이 가장 좋은 방책이다. 그렇다면 우리의 입법화에 전제해서 살펴볼 2가지의 문제가 있다. 첫째, 독일은 온라인 수색과 관련해서 독일 연방헌법재판소가 소위 'IT-기본권'을 헌법상의 권리로 창설하여 국민의 기본권을 더욱 두텁게 보호해야 한다는 논리를 구성하였다. 여기에서 IT-기본권이라는 개념이 우리 헌법 현실에서도 필요한 개념인지 고민해 볼 필요가 있다. 왜냐하면 우리 헌법 제18조의 통신의 비밀의 자유 및 통신비밀보호법이 온라인 수색 및 통신암호감청의 수권 규정이 될 수 있는가 하는 것이다. 여기에 대해서는 많은 연구와 토론 및 헌법재판소의 결정이 필요하겠지만, 만약 그렇다면 대부분의 학설이 제기하는 우리 헌법 현실에서의 IT-기본권의 창설 필요성의 문제는 논외가 될 수 있다. 둘째, 이 제도의 가장 문제점으로 지적되는 것이 국민의 기본권 침해인데, 이는 얼마나 비례성 있는 제도를 마련하는가에 달려 있다. 결국 이 제도는 가장 강력한 수사조치인 만큼 정확하고 합리적인 기술적 수단의 확보와 이를 통한 국민의 기본권을 최소화 하는 범위를 구현해 내는 것이 중요하다.

그렇다면 우리의 현실에서도 국가안보 관련 저장된 특정전자정보에 대하여 법집행기관이 정보를 수집할 수 있는 명확한 입법을 토대로 대응하는 것이 국민의 기본권을 더욱 보호하는 길이 될 것이며, 대상자의 기본권 보호에도 충실한 역할을 할 것이라고 기대할 수 있게 된다.

1234) BVerfG, Urteil vom 27. 02. 2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Rdn.108 및 Rdn.207.

본론적으로 우리 실정에 맞는 특별법을 제정하는 방안을 검토해 볼 수 있다. 특별법 제정의 이면 뒤에는 외국의 경우 대부분 저장된 정보를 제공하거나 저장된 정보에 대한 압수수색이 가능하다는 점을 고려하지 않을 수 없고, 외국과 같이 저장된 정보의 경우 의무적으로 제공하는 것이 한국의 실정상 기본권의 보호 차원에서 어렵다면 저장된 정보를 법집행기관이 제공받을 수 있도록 하여야 할 것이다. 즉 저장된 정보라도 정보인권 내지 기본권 보호 차원에서 접근하여 통비법상의 행정영장 방식의 허가서를 법원의 승인을 받아 집행하는 방법을 고려해 볼 수 있다. 또한 기본권 보장 차원에서 법원이 개인정보보호법상의 정보주체에게 해당사실을 알리도록 하여 정보주체에게 통지하도록 하여야 한다. 이에 우리와 유사한 대륙법체계를 가지고 있는 독일을 중심으로 우리나라가 특별법을 제정한다면 어떤 방향으로 제정할 것인지를 독일을 모델로 검토하기로 한다.

독일의 경우 전기통신감청은 검사의 신청을 받은 법원만이 명령할 수 있다. 그러므로 우리나라의 경우도 저장된 정보라도 검사의 신청을 받아 법원이 명령할 수 있도록 하여야 한다. 또한 독일은 긴급한 경우에는 검사도 감청조치를 명령할 수 있으나, 검사가 명령한 조치는 3근무일 안에 법원의 확인을 받지 못하면 실효한다. 명령의 기간은 3개월 이하로 하고 있는 점을 참고로 한다면 저장된 정보라도 긴급하게 저장된 정보를 제공받을 경우에는 법집행기관이 선 정보수집 후 법원의 승인을 받도록 해야 할 것이며 3일 안에 승인을 받지 못한다면 실효하도록 해야 한다.

독일의 경우 명령은 서면이 원칙이며 기재할 서면 사항으로는 ① 조치의 대상이 되는 피의자의 이름과 주소를 알 수 있는 경우 그 이름과 주소, ② 조치를 명령한 근거가 되는 범죄혐의, ③ 조치의 종류, 범위, 종료시점, ④ 조치를 통하여 획득하려 하는 정보의 종류 및 그 정보가 소송에서 가지는 의미, ⑤ 감청 대상이 되는 통신설비나 단말기의 전화번호나 기타 표시(특정 사실에 비추어 볼 때 번호가 감청 대상 단말기 외의 다른 단말기의 번호이기도 하다고 볼 만한 근거가 없는 경우에 한함)와 정보기술 시스템의 가능한 한 정확한 명칭(제100조e 제3항)을 고려해 보면 우리나라의 경우도 서면이 원칙이며 조치의 대상과 범죄혐의, 조치의 범위와 종료시점, 정보의 종류 등을 기재할 필요가 있다.

또한 독일은 전기통신감청을 명령하거나 이를 연장하는 사유를 기재할 때에는 명령

의 전제조건 및 함께 고려해야 할 중요한 관점들을 설명해야 한다. 특히 혐의의 근거가 되는 특정 사실, 조치의 필요성 및 비례성에 관한 중요한 고려사항을 개별사안과 관련하여 설명해야 한다(제100조e 제4항). 그러므로 우리도 혐의의 특정사실, 조치의 필요성 및 비례성에 관한 중요 사항을 설명해야 할 것이다.

독일은 명령의 전제가 된 사실이 더 이상 존재하지 않으면 명령에 근거해 시행한 조치를 지체 없이 종료해야 한다. 조치가 종료하면 조치를 명령한 법원에 조치시행결과를 보고해야 한다. 명령의 요건이 존재하지 않는데도 검사가 조치를 중단하려는 움직임을 보이지 않는다면 법원은 조치의 중단을 명령해야 한다(제100조e 제5항). 그러므로 우리의 경우도 사실이 존재하지 않는다면 바로 조치를 종료해야 하며 조치 시행 결과를 법원에 보고해야 할 필요가 있으며, 법집행기관이 조치를 하지 않는다면 법원이 개입하여 중단 명령을 하도록 해야 할 것이다.

특히 독일은 ① 전기통신감청의 대상이 되는 범죄(제100조a 제2항이 정한 범죄)로서 개별사안에서도 중대한 범죄를 실행한 혐의가 있는 경우 또는 그 범죄의 미수도 처벌하는 때에는 범죄의 실행에 착수했거나 범죄를 별도의 범죄를 통하여 예비한 혐의가 있는 경우와 ② 전기통신을 수단으로 하여 범죄를 실행한 혐의가 있는 경우에 사실관계를 조사하는 데 필요하고 사안의 중대성을 고려할 때에 비례성이 있다고 판단되는 한에서 통신자료를 조사할 수 있는데, ②의 경우에는 그 외에 사실관계 조사가 다른 방법으로는 불가능할 것으로 예상되는 경우에만 통신자료를 조사할 수 있다(제100조g 제1항)고 규정하고 있으므로 우리나라도 사실관계가 다른 방법으로 불가능할 경우에 통신자료를 조사할 수 있도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있다.

독일의 경우 「전기통신법」 제113조b에 따라 저장된 통신자료[1235]를 조사할 수 있

1235) 전기통신법 제113조b에 따라 저장된 통신자료란 같은 조 제2항과 제3항에서 언급한 정보를 말한다. 해당 규정의 내용은 다음과 같다. 전기통신법 "제113조b(통신자료 저장 의무)
② 공중전화통신서비스 제공자는 다음 각 호의 사항을 저장한다.
1. 송신기 및 수신기의 전화번호 또는 기타 표지 및 전환접속 또는 중개접속인 경우 이에 참여한 다른 모든 기기의 전화번호 또는 기타 표지
2. 접속을 시작하고 종료한 날짜 및 시간(시간대 표시)
3. 전화서비스에서 다른 서비스도 이용되는 경우에는 그 이용된 서비스에 관한 정보
4. 휴대전화의 경우에는 a) 송수신되는 회선의 모바일 가입자의 국제표지, b) 송수신되는 단말기기의 국제표지, c) 선불서비스의 경우에는 서비스가 처음 활성화된 날짜 및 시간(시간대 표시)
5. 인터넷 전화의 경우에는 송수신 회선의 IP주소 및 할당된 이용자 표지 [...]
③ 공중인터넷서비스 제공자는 다음 각 호의 사항을 저장한다.

는데, 특정 사실에 비추어볼 때 제2항 제1호 내지 제8호에서 정한 특별히 중대한 범죄[1236]를 정범이나 공범으로 실행했다는 혐의 또는 그러한 범죄의 미수도 처벌하는 때에는 범죄의 실행에 착수했다는 혐의가 있고 그 범죄가 개별사안에서도 중대하다고 판단되는 경우에는 「전기통신법」 제113조b에 근거해 저장된 통신자료를 조사할 수 있다. 다만 이 통신자료 조사는 사실관계 조사나 피의자 소재지 수사가 다른 방법을 통하는 경우에는 현저히 어렵거나 가망이 없다고 예상되고 조사가 범행의 중대성과 적절한 비례관계에 있는 때에만 허용된다. 이에 따라 우리나라의 경우도 특별히 중대한 범죄[1237]를 정범이나 공범으로 실행했다는 혐의 또는 그러한 범죄의 미수도 처벌하는 때에는 범죄의 실행에 착수했다는 혐의가 있고 그 범죄가 개별사안에서도 중대하다고 판단되는 경우에 한하여 저장된 통신자료를 조사할 수 있도록 해야 한다.

또한 독일은 무선기지국 통신자료 조사(Funkzellenabfrage)의 경우 다음 세 요건이 충족되는 때에 한해 허용하고 있는데 ① 특히 전기통신감청의 대상이 되는 범죄(제100조a 제2항이 정한 범죄)로서 개별사안에서도 중대한 범죄를 실행한 혐의 또는 그 범죄의 미수도 처벌하는 때에는 범죄의 실행에 착수했거나 범죄를 별도의 범죄를 통하여 예비한 혐의가 있고, ② 무선기지국 통신자료 조사가 사안의 중대성과 적절한 비례관계에 있으며, ③ 사실관계 조사 또는 피의자 소재지 수사가 다른 방법으로는 불가능하거나 매우 어려울 것으로 예상되어야 한다. 무선기지국 통신자료 조사를 위하여 「전기통신법」 제113조b에 따라 저장된 통신자료를 사용하는 것은 그 저장된 통신자료를 사용할 수 있는 요건이 충족되는 경우에 한한다(제100조g 제3항)고 규정하고 있다. 이를 참고로 하여 우리나라의 경우도 중대한 범죄를 실행한 혐의 또는

---

1. 인터넷 이용을 위하여 가입자에게 부여된 IP주소
2. 인터넷 이용을 위한 설비의 분명한 표시 및 부여된 이용자번호
3. 부여된 IP주소를 통한 인터넷 이용의 시작 및 종료의 날짜 및 시간(시간대 표시)"

1236) 제2항 제1호 내지 제8호에서 열거한 중범죄는 「형법」, 「외국인체류법」, 「무역법」, 「마약법」, 「마약재료감시법」, 「전쟁무기통제법」, 「국제형법」, 「무기법」상의 특정 범죄다. 이들 가운데 제1호에서 열거한 「형법」상의 중범죄에는 국가안보를 위협하는 범죄도 포함되어 있다. 「형법」 각칙 제1장 '평화를 해치는 죄, 내란죄 및 민주적 법치국가 위해죄', 제2장 '간첩 및 외환의 죄'에 속한 규정들이 그것이다.

1237) 제2항 제1호 내지 제8호에서 열거한 중범죄는 「형법」, 「외국인체류법」, 「무역법」, 「마약법」, 「마약재료감시법」, 「전쟁무기통제법」, 「국제형법」, 「무기법」상의 특정 범죄다. 이들 가운데 제1호에서 열거한 「형법」상의 중범죄에는 국가안보를 위협하는 범죄도 포함되어 있다. 「형법」 각칙 제1장 '평화를 해치는 죄, 내란죄 및 민주적 법치국가 위해죄', 제2장 '간첩 및 외환의 죄'에 속한 규정들이 그것이다.

그 범죄의 미수도 처벌하는 때에는 범죄의 실행에 착수했거나 범죄를 별도의 범죄를 통하여 예비한 혐의가 있고, 조사가 사안의 중대성과 적절한 비례관계에 있으며, 사실관계 조사 또는 피의자 소재지 수사가 다른 방법으로는 불가능하거나 매우 어려울 것으로 예상된 경우에 한하여 저장된 통신자료를 사용하여야 할 것이다.

독일은 전기통신감청, 온라인수색, 주거감청, 주거 밖에서의 감청, 주거 밖에서의 기타 조치 및 이동통신단말기에 대한 기술적 수사조치를 통해 획득한 개인관련정보에는 적절한 표시를 해야 한다. 정보가 다른 부서에 전달된 후에는 전달받은 부서가 표시를 유지해야 한다(제101조 제3항)고 규정하고 있으며, 조치를 실행한 후에는 그 사실을 관련자에게 통지해야 한다. ① 전기통신감청(제100조a)은 감청된 전기통신의 관계자에게, ② 온라인수색(제100조b)은 대상자 및 수색과 상당한 정도로 관련되는 사람에게, ③ 주거감청(제100조c)은 감청 대상이 된 피의자, 기타 감청된 사람들, 감청한 때 주거를 소유하거나 주거에 거주한 사람에게, ④ 주거 밖에서의 감청(제100조f)은 대상자 및 감청과 상당한 정도로 관련되는 사람에게, ⑤ 이동통신단말기에 대한 기술적 수사조치(제100조i)는 대상자에게 통지한다. 통지할 때에는 통지 후 2주 내에 명령을 내린 법원에 조치 및 그 시행방법의 적법성 심사를 신청할 수 있다는 사실과 심사결과에는 즉시 이의를 제기할 수 있다는 사실도 함께 알려야 한다. 다만 통지의 이익이 당사자의 보호할 만한 다른 이익에 비하면 현저히 적을 뿐만 아니라 그 이익에 반하기도 하는 때에는 통지하지 않는다. 전기통신감청(제100조a)과 온라인수색(제100조b) 조치의 경우 조치 대상자가 아닌 관련자에게는, 그가 조치와 경미한 정도로만 관련되었거나 통지를 받을 이익이 없다고 판단되는 때에는, 통지하지 않을 수 있다. 그러나 통지는 이에 의해 수사 목적 달성이 어려울 위험이 생기거나 개인의 생명 · 신체적 완전성 · 자유 및 중요한 재산에 대한 위험이 생기는 경우를 제외하고는 반드시 해야 한다. 통지를 유보했다면, 그 사유를 문서로 기록해야 한다(제101조 제5항). 만약 위의 위험 때문에 통지를 유보한 기간이 조치 종료 후 12개월에 달한 경우에 통지를 계속 유보하려면 법원의 동의를 얻어야 한다.

이때 법원은 통지를 유보하는 기간을 정한다. 법원은 통지의 요건이 장래에도 충족되지 않을 것이 거의 확실하다고 판단되는 경우에는 통지하지 않기로 하는 최종결정에 동의할 수 있다. 단기간에 다수의 조치가 시행된 경우 '조치 종료 후 12개월'이라는

기간은 마지막 조치가 종료한 때로부터 기산한다. 온라인수색 및 주거감청의 경우에는 12개월이 아니라 6개월로 한다(제101조 제6항). 전술한 법원의 결정은 조치의 명령을 관할하는 법원이 하며, 그 밖의 경우에는 관할 검찰의 소재지에 있는 법원이 한다. 조치 사실을 통지받는 대상이 되는 개인은 조치가 종료했더라도 통지가 있은 후 2주 이내에는 관할 법원에 대하여 조치 및 그 시행방법의 적법성의 심사를 신청할 수 있다. 심사결과에는 즉각 이의를 제기할 수 있다. 공소가 제기되고 피고인에게 통지되면 사건을 담당한 법원이 절차를 종료하는 결정에서 공소에 관한 결정을 내린다(제101조 제7항). 또한 조치를 통해 획득한 개인관련정보가 형사소추 및 조치에 관한 법원의 심사를 위해 더 이상 필요치 않은 경우에는 이를 지체 없이 삭제해야 한다. 삭제 사실은 문서로 기록해야 한다. 조치에 대한 법원의 심사만을 목적으로 하여 삭제를 유보한 경우 그 정보는 당사자의 동의가 없는 한 그 목적으로만 사용할 수 있으며 정보에 대한 접근은 적절하게 차단해야 한다(제101조 제8항).

우리나라도 독일을 참고하여 획득한 개인관련 정보는 적절한 표시를 해야 하며, 조치를 실행한 이후에는 통지를 하되, 법원의 조치 및 시행방법의 적법성 심사를 신청할 수 있고 이의를 제기할 수 있어야 한다. 또한 수사 목적을 달성할 수 없는 위험이 생기거나 개인의 생명ㆍ신체적 완전성ㆍ자유 및 중요한 재산에 대한 위험이 생기는 경우를 제외하고는 반드시 해야 하며, 통지를 유보했다면 그 사유를 문서로 기록해야 하고 장기간 유보를 해야 한다면 법원의 동의를 얻어야 한다. 또한 감청기간은 6개월 정도로 하며, 조치를 통해 획득한 개인관련정보가 형사소추 및 조치에 관한 법원의 심사를 위해 더 이상 필요치 않은 경우에는 지체 없이 삭제해야 한다. 그리고 삭제 사실은 문서로 기록해야 할 것이다.

벌칙조항과 관련하여서는 독일은 통지 금지 규정을 두고 있는데, 전기통신이 감청된 경우에 전기통신사업자나 그 관계자는 감청 사실을 다른 사람에게 알려서는 안되며 이를 위반할 경우에 벌칙조항을 마련하여 타인에게 감청 사실을 알린 사람은 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고 있다. 이에 우리나라의 경우도 타인에게 감청 사실을 알리는 경우 처벌규정을 마련할 필요가 있다.

한편, 감청 통제와 관련하여 독일은감청ㆍ녹음조치는 '의회의 통제위원회'(Parlamentarisches Gremium)와 '제10조법 위원회[1238]'(G 10-Kommission)로 불리

는 특별위원회의 통제를 받는다. 프랑스의 경우, 국가안보감청통제위원회(Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité)를 창설하여 국가안보에 관련되는 정보를 감독하고 프랑스를 보호하기 위하여, 통신으로 전달되는 서신에 대한 차단 결정을 총리에게 의견(avis)을 표명할 수 있는 권한을 지니고 있다. 또한 영국은 JTAC에 대한 의회의 감독 이외에 오스트레일리아의 정보감찰관 제도[1239], 캐나다의 보안정보심사위원회 제도[1240] 등과 같이 의회를 통한 민주적 통제를 하고 있다. 이러한 점을 바탕으로 입법안을 아래와 같이 제시하고자 한다.

다. 가칭 특정전자정보 이용 및 정보인권 보호에 관한 입법안 제시

먼저, 정의규정을 마련하여 해킹 등 전자적 수단으로 국가안보에 위해를 끼치는 명확하고 구체적인 행위에 관한 정보를 특정 전자정보와 같이 예외적으로 한정하여 정의하고, 정보·수사기관이 특정 전자정보를 이용할 필요가 있는 경우에는 우선적으로 해당 처분권자로부터 자발적으로 제공받기 위한 절차를 마련해야 한다. 원칙적으로 유럽의 경우, Europol의 관할에 속하는 범죄와 이와 결합되어 있는 범죄를 그 관할 범죄로 하고 있다.[1241] Europol Convention 제2조에는 Europol의 관할 범죄를 정하고 있는데, 가령, 테러(Terrorism), 인신매매(Trafficking in human beings), 불법 밀입국(Illegal immigrant smuggling), 마약 및 무기(Drugs and arms), 여성과 아동의 성적착취(Sexual exploitation of women and children), 사이버범죄(Cyber-crime), 온라인 아동학대(Online child abuse), 다양한 형태의 사기와 돈세탁(Various kinds of fraud and money laundering) 등 그 규모, 중요성 및 결과 등을 고려한 조직화된 범죄 구조를 가진 중대한 형태의 국제범죄 등을 나열하고 있다.

1238) 이에 대해서는, 이계수, "의회에 의한 비밀정보기관 통제방안에 관한 연구", 민주법학, 제24호, 2003, 254면 이하 참조.

1239) 정보기관의 활동을 감독하기 위하여 1986년 도입된 감찰관은 "모든 기밀문서를 요구할 수 있고, 정보기관의 어떤 직원에게든 정보를 공개하도록 요구할 수 있는 권한을 가지며, 의회의 감사를 받는 연례보고서와 회계감사보고서를 열람할 수 있다."; 폴 토드/조너선 블로흐(이주영 역), 『조작된 공포』, 창비, 2005, 285면.

1240) 1984년에 설립된 보안정보심사위원회는 총리가 임명하는 5명의 위원(야당 추천 위원 포함)으로 구성되며, 정보기관이 보유하는 모든 정보에 접근할 수 있고, 행정명령을 심사하며, 영장기록을 조사할 수 있다. 조사결과는 법무부장관에게 보고한다. 폴 토드/조너선 블로흐(이주영 역), 『조작된 공포』, 창비, 2005, 286면.

1241) Council Decision Art. 4. (Competences)

앞에서 살펴보았듯이 저장된 정보의 수집 및 감청의 경우 비례성을 고려하여 중대한 범죄를 실행한 혐의가 있는 경우 또는 특별히 중대한 범죄를 정범이나 공범으로 실행했다는 혐의 또는 그러한 범죄의 미수도 처벌하는 경우에는 범죄의 실행에 착수했다는 혐의가 있는 경우에 조사할 수 있다는 점을 고려한다면 정보통신망에서의 전자적 수단으로 국가안보에 위해를 초래하는 행위를 열거하는 방식을 택하여, 해킹, 서비스 거부공격, 운영마비, 파괴 등 정보통신망법 또는 정보통신기반보호법상의 행위유형을 포섭하여 국가 위해의 개념을 구체화하였다. 특히 대한민국의 현실을 고려하여 북한이탈주민 및 정착지원에 관한 법률상 신변안전을 위태롭게 하는 행위를 비롯하여 전통적으로 안보위해행위인 국가기밀 탈취행위, 형법상 내란외환, 군형법 중 반란, 암호부정사용죄, 군사기밀보호법과 국가보안법에 규정된 중대한 행위를 규정하였으며, 국가정보원법상의 방첩업무, 국제조직범죄, 테러방지법상의 테러행위를 규정하였다. 아울러 사이버상의 위조(위작), 변조(변작) 행위 등을 통한 전자문서의 보안성을 강화하고, 사이버테러를 방지하기 위하여 현행 정보통신기반보호법상의 정보통신기반시설 침해 및 파괴행위도 포섭하였다. 그리고 최근 국부유출과 관련 산업스파이 등을 규제하기 위하여 산업기술유출방지법상의 산업기술 및 국가핵심기술과 방위산업기술을 부정한 방법으로 취득하는 행위 역시 구성요건화하였다.

정보수집을 위한 보충적·최후적 수단으로 「통신비밀보호법」에 따른 안보목적 통신제한조치 또는 「형사소송법」에 따른 디지털정보 압수 절차와 유사하게 검사의 신청으로 법관으로부터 수사권이 아닌 행정영장적 성격의 (가칭) “특정 전자정보 이용 허가서”를 발부 받아 특정 전자정보에 접근토록 하는 법적 통제절차를 고려하였다. 과거 발의된 사이버안보 관련 법률안들은 사이버공간에서 안보위해에 관한 개념이 모호하여 정보수사기관의 정보에 대한 접근이 광범위하게 이루어질 소지가 있으며, 민간영역에 대한 감시가 우려된다는 문제점이 제기되었다.

이에 정보수사기관이 획득한 특정 전자정보의 관리 책임과 정보주체에 대한 통지 및 유예 요건, 절차, 오·남용에 대한 통제 장치 등에 대해 전반적으로 검토하여 규정하였다. 사이버공간에서의 안보위해 범죄에 대한 사법적 대응방안을 위해 가칭 특정전자정보 이용 및 정보인권 보호에 관한 법률 제정과 관련하여, 정보통신망 및 정보시스템에 저장되어 있는 안보위해 관련 정보를 명확히 정의하고, 국가안보 목적에 한해

법원의 허가 형식의 절차를 이용해 접근하도록 하는 제도에 대해 논의할 필요가 있다. 이와 관련하여 가칭 "특정전자정보 이용 및 정보인권 보호에 관한 법률"을 제안하면 다음과 같다.

(1) 제정 목적

제1조(목적) 이 법은 사이버 상에서 전자통신망을 이용하여 국가안전보장에 위해(危害)를 가하는 특정 전자정보에 대하여 정부가 효과적으로 분석을 하도록 하고 동시에 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 국가 안전보장과 국민 정보인권과의 균형을 도모하는 것을 목적으로 한다.

(가칭)특정 전자정보 이용 및 정보인권 보호에 관한 법률(안)의 목적은 국가안전보장에 위해를 가하는 특정 전자정보에 대하여 ⅰ)효과적인 정보분석이 이루어질 필요성에 기인하여 특정전자정보의 대상을 명확히 한정하여 국가 안전보장을 도모하고, 아울러 ⅱ)국민의 정보인권을 보장하기 위하여 엄격한 법적 절차를 마련함으로써 정보인권과의 균형을 도모하기 위해 제정하고자 한다.

(2) 주요 용어 정의

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "정보통신망"이란 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률' 제2조제1호에 따른 정보통신망을 말한다.
2. "전자정보"란 전자적 방식으로 처리되는 부호, 문자, 음성, 음향, 영상 등으로 표현된 디지털 자료를 말한다. 다만 '통신비밀보호법' 제2조제3항에 따라 송·수신 중인 전기통신은 제외한다.
3. "정보주체"라 함은 전자정보에 포함된 정보에 의하여 알아볼 수 있거나 전자정보 처리과정에서의 분석상 주도하는 기관이나 사람으로서 그 정보의 주체가 되는 것을 말한다. 다만, '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률' 제2조제2호에 따른 정보통신서비스 영역에서 처리되는 전자정보의 경우에는 동법 제2조제4호에 따른 정보통신서비스(이하 "정보통신서비스 이용자"라 함)를 말한다.
4. "정보인권"이란 정보통신망에서의 국민이 자유롭게 정보를 이용하고 특정 전자정보에 대해서는 엄격한 법적절차를 거쳐 정보를 분석하게 함으로써 국민의 정보주체가 되는 전자정보를 보호하고 그 처리에 관하여 통제할 권리를 갖는 것을 의미한다.
5. "특정전자정보"라 함은 정보통신망에서 해킹 등 전자적 수단으로서 국가안보에 위해(危害)를 초래하는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위 또는 행위자에 관한 정보를 말한다.

가. 북한(군사분계선 이북 지역을 말함)에 기반을 두고 있는 사람 또는 단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자에 의한 행위

나. 국가기밀에 속하는 문서·자재·시설 및 지역에 관한 정보를 전자적 수단을 이용하여 해킹하거나 훼손 및 파괴, 서비스 마비 및 운영을 방해하는 행위
다. '형법' 중 내란(內亂)죄의 죄, 외환(外患)의 죄, 군형법 가운데 반란의 죄, 암호 부정사용의 죄, 군사기밀보호법상에 규정된 죄, 국가보안법에 규정된 죄(제7조 및 제10조에 의한 죄는 제외한다)에 해당하는 행위
라. '국가정보원법' 제3조제2항에 따른 방첩업무에 관한 대통령령에서 규정된 외국의 정보활동 또는 동법 제3조제2항에 따른 국제범죄조직에 의한 범죄행위
마. '국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법' 제2조제1호에 따른 테러행위
바. '전자정부법' 제56조제3항에 따른 보안조치 대상의 전자문서에 대한 위조(위작)·변조(변작)·훼손·유출 및 파괴행위 또는 '정보통신기반보호법' 제12조에 규정된 주요 정보통신기반시설 침해 및 파괴행위
사. '산업기술유출방지 및 보호에 관한 법률' 제2조에 따른 국가핵심기술이나 국가연구개발사업으로 개발한 산업기술 또는 '방위산업기술' 제2조제1호에 따른 방위산업기술을 부정한 방법으로 취득하는 행위
아. '북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률' 제2조제2호에 따른 보호대상자, 그리고 동법 제7조제1항에 따른 보호신청자의 신변안전을 위태롭게 하는 행위
6. "특정전자정보이용조치"라 함은 특정전자정보에 대하여 정보주체의 동의없이 그 내용을 열람 또는 체록하는 것을 말한다. 다만 정보주체가 국내에 소속되지 않거나 없는 경우에는 그렇지 아니하다.
7. "전자정보 보관자(또는 관리자)"라 함은 전자정보의 소지자(소유자) 또는 전자정보를 점유하에 관리·감독하는 자로서 전자정보가 기억된 정보저장매체의 소유자, 소지자 또는 보관자를 의미한다. 또한 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률' 제2조제2호에 따른 정보통신서비스 영역에서 처리되는 전자정보의 경우에는 동법 제2조제3호에 따른 정보통신서비스 제공자(이하 "정보통신서비스 제공자"라고 함)를 말한다.

이 법(안) 제2조 제\1호 및 제2호에서의 "특정정보"는 저장된 디지털 정보를 대상으로 하고 있으므로 통신비밀보호법상의 송수신된 정보는 여기서 제외하기로 한다.

이 법(안) 제2조 제3호에서의 "정보주체"는 특정 전자정보의 행위주체로서 사람이나 국가, 기관 등을 포함하고 형법상 미수 등 범죄행위의 전단계적인 요소를 고려 했을 때 전자정보 처리과정에서의 분석상 주도되는 기관이나 사람도 정보주체로 포함하였다. 또한 정보통신망법상 정보통신서비스와 구별하기 위하여 단서 조항을 삽입하였다.

이 법(안) 제2조 제4호에서의 "정보인권"이란 헌법상 표현의 자유와 공공의 이익에 관하여 제한할 수 있는 기본권에 준하여 정보통신망에서 정보를 자유롭게 이용하고 공유할 수 있는 자유(정보통신망에서의 표현의 자유)와 국가안보에 대한 위해라는 공공의 이익을 위해서는 엄격한 절차를 통하여 분석할 수 있는 제한(정보통신망에서의 공공의 제한)을 비교 형량할 수 있는 근거를 제시하였다.

이 법(안) 제2조 제5호에서의 "특정전자정보"는 저장된 정보를 기본으로 하여 국가

위해를 초래할 수 있는 해킹, 서비스 거부공격, 운영마비, 파괴 등 정보통신망법 또는 정보통신기반보호법상의 행위유형을 포섭하였고 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위로서 열거식으로 표현하여 국가 위해의 개념을 구체화하였다. 또한 동 법(안) 제2조 제5호 가목 및 나목은 정보통신망법과 기반보호법상의 행위태양을 접목시켜 구성요건화하는 것이 타당하여 해킹, 훼손, 파괴, 서비스 마비, 운영방해 등의 구성요건화하였으며, 다목, 라목, 마목, 바목은 사이버상의 행위태양으로서의 위작과 변작을 구성요건화하였고, 유출 및 파괴행위, 침해 및 파괴행위도 구성요건화하였다. 아울러, 동 법(안) 제2조 제6호에서 정보주체의 동의없이 열람 또는 체록하는 행위는 정보인권에 반할 우려가 있어 특정전자정보이용조치라는 정의규정을 명시하였다. 다만 정보의 주체가 북한이나 해외에 있는 경우에는 단서 조항을 두어 특례조항을 명시하는 근거를 마련하였다. 마지막으로 동 법(안) 제2조 제7호에서는 전자정보의 보관자 내지 관리자고 명시하여 전자정보를 점유하에 관리 감독하거나 소지 또는 소유하는 자를 명시하였고, 정보통신망법상의 전자정보의 경우는 기존대로 정보통신서비스 제공자가 관리하므로 이를 그대로 명시하였다.

(3) 정보인권보호 조항

제3조(국민 정보인권의 보호)

① 누구든지 정보주체의 동의 없이 전자정보를 열람 또는 채록하여서는 아니 된다. 다만 동법과 형사소송법, 군사법원법, 통신비밀보호법에 의하여 적법한 절차를 통하여 이루어진 경우에는 그렇지 아니하며, 다음 각호의 경우에는 당해 법령에 정하는 바에 의한다.

1. 국가·공공기관 정보통신망에서의 국가안보 위해(危害)를 방지하기 위하여 중앙행정기관·지방자치단체·공공기관의 장이 관계 법령(대통령 훈령 포함)에 따라 수행하는 보안관제
2. 국외에서 실행되는 '국가정보원법' 제3조제1항제1호에 따른 정보수집, '국군조직법'에 따른 대통령령으로 수행되는 군사정보 수집

② 국가안전보장 관련 국가안보 위해(危害) 정보 분석을 목적으로 특정전자정보를 수집하거나 제공 및 요청하여야 할 경우 정부는 우선적으로 해당 전자정보를 관리 및 소유하거나 처분할 수 있는 자의 자발적 제공을 유도하기 위해 노력하여야 한다.

③ 국민이 정보주체가 되는 전자정보에 대한 특정전자정보이용조치는 국가안전보장을 위하여 보충적인 수단으로 이용되어야 하며, 국민의 정보인권에 대한 침해가 최소한에 그치도록 노력하여야 한다.

이 법(안) 제3조 제1항에서는 국민 정보인권을 보호하기 위해서 누구든지 정보주체의 동의 없이 전자정보를 열람 및 채록할 수 없도록 하였지만, 특별히 예외가 되는

법에서의 적법한 절차와 다음 각호에서의 법령에 의한 것에 한하여 예외(해외 사이버 정보 수집 등)를 마련하여, 정보인권을 우선시 하되, 특별한 경우에 한하여 전자정보를 수집할 수 있는 예외규정을 마련하기 위해서이다. 또한 동조 제2항에서는 선진국의 경우 국가안전보장 내지 국가안보위해 정보를 통신서비스사가 의무적으로 정보기관 등 법집행기관에게 제공하고 있는 것에 반하여 기본적으로 인권을 보장하기 위한 방안으로 해당 전자정보를 관리 및 소유, 처분할 수 있는 자의 자발적 제공을 제시하여 인권 침해와의 균형을 모색하였다. 마지막으로 동조 제3항 역시 국민의 정보인권을 보호하기 위한 장치로 국가안전보장을 위하여 특정전자정보이용조치는 최후수단적으로 사용되는 것을 강조하였다.

(4) 불법 전자정보의 증거사용

제4조(불법 취득에 의한 전자정보 내용의 증거사용 금지) 제3조의 규정을 위반하여 법집행기관이 불법하게 지득 또는 채록한 전자정보의 내용은 재판상 증거로 사용할 수 없다.

이 법(안) 제4조에서는 일반적 형사소송절차상의 원칙에 해당하는 적법절차원칙(due process)을 반영하여 법집행을 담당하는 국가기관이 전자정보를 불법하게 지득 또는 채록한 경우 재판상 증거능력을 인정하지 않도록 규정하였다.

(5) 국가안보를 위한 특정전자정보이용

제5조(국가안보를 위한 특정전자정보이용조치)

① 국가정보원장 등 대통령령으로 정하는 정보수사기관의장(이하 "정보수사기관의 장"이라 함)은 국가안보를 위하여 특정전자정보이용조치를 다음 각호의 구분에 따라 국가안전보장에 상당한 위험이 예상되는 경우 또는 신속하게 국가안보위해를 방지하기 위하여 안보위해 행위자 및 수법의 규명이 필요한 경우, 안보위해로 인한 안보영향의 분석이 어려운 경우에 한하여 관련 정보수집이 우선적으로 필요한 때에는 다음 각호의 구분에 따라 특정전자정보이용조치를 할 수 있다.

1. 내국인 또는 국내 법인·단체가 전자정보 보관자인 경우, 특정전자정보에 대해서는 고등법원 수석부장판사의 허가를 받아야 한다. 다만, 군용전기통신법 제2조의 규정에 의한 군용전기통신설비에서 작전수행을 위해 처리되는 전자정보는 예외를 인정한다.
2. 대한민국에 적대하는 국가, 반국가활동의 혐의가 있는 외국의 기관이나 단체 및 외국인 등 대한민국의 통치권이 사실상 미치지 아니하는 집단이나 외국에 소재하는 산하단체의 구성원이 전자정보 보관자인 경우, 특정전자정보 또는 제1항제1호 단서의 경우에는 서면으로 대통령의 승인을 얻어야 한다.

② 정보수사기관의 장은 제1항제1호에서 요구하는 특정전자이용조치의 요건이 충족되면 검사에게 특정전자정보이용조치에 대한 허가를 신청하도록 하고, 검사는 고등법원 수석부장판사에게 허가를 청구할 수 있다.
③ 전항의 특정전자정보이용조치 청구는 필요한 특정전자정보이용조치의 종류·목적·대상·범위·유효기간·집행장소·방법·허가요건 충족사유 등의 청구이유를 명시하여 서면(이하 "청구서"라고 함)으로 제출하여야 하며, 이때 청구 이유에 대한 소명자료를 반드시 첨부하여야 한다.
④ 고등법원 수석부장판사는 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에 한하여 특정전자정보이용조치를 허가하고 이를 증명하는 서류(이하 "허가서"라고 함)를 청구인에게 발부하여야 한다. 이때 허가서에 특정전자정보이용조치의 종류·목적·대상·범위·유효기간을 반드시 기재하여야 하며, 가능한 집행장소와 방법을 특정하여 기재할 수 있다.
⑤ 고등법원 수석부장판사는 청구가 이유없다고 인정하는 경우에는 검사의 청구를 기각하고 이를 청구인에게 통지하여야 한다.
⑥ 허가서의 유효기간은 최대 4개월에 한하며 특별한 경우로 인하여 허가서의 유효기간이 경과될 경우 이유를 명시하여 연장할 수 있으며, 1회의 재연장을 할 수 있다. 이때에도 고등법원 수석부장판사의 허가를 얻어야 한다.
⑦ 제1항제2호의 규정에 의한 대통령의 승인에 관한 절차 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

이 법(안) 제5조 제1항 제1호는 외국의 경우 안보범죄의 특수성을 감안하여 해외정보감시법(FISA)을 비롯한 해외정보감시법원(FISC)이 있지만, 우리나라의 경우 그러한 특수법원이 없으므로 전문성과 경험성을 가진 고등법원의 부장판사로 하여금 허가 여부를 판단하도록 하였는데, 외국의 경우 통신회사 등은 의무적으로 법집행기관에 관련 정보를 요구시 제공하고 있는데 반해 법률안에서는 인권과의 조화를 위해서 국가안보위해를 위협하는 경우 관련 정보를 보관하는 ISP나 통신서비스의 경우 고등법원의 수석부장판사의 허가를 받도록 하였다.

이 법(안) 제5조 제1항 제2호는 북한 또는 대한민국을 위협하는 테러단체 등이 해외에 서버를 두거나 해외를 경유하고 있으므로 이를 추적하고 감시하기가 상당히 어려운 점을 감안하여 대한민국 영역 이외거나 통치권이 미치지 않는 보관자인 경우 대통령의 승인을 받아 특정전자정보이용조치를 할 수 있도록 하였다.

이 법(안) 제5조 제2항 정보수사기관의 장은 검사에게 신청하도록 하고 이를 검사가 고등법원 수석부장판사에게 허가를 신청하는 방법으로 하여 검사가 한번 더 검토하여 적절한지 여부를 살펴보는 등 절차의 투명성을 부각시켰다.

이 법(안) 제5조 제3항 청구서의 충족요건을 명시하고 이에 대한 소명자료를 첨부하도록 하여 판사로 하여금 정확한 판단을 하도록 하였다.

이 법(안) 제5조 제4항 수석부장판사가 판단하여 청구가 이유 있는 경우 허가서를 발부하도록 하였다. 이때에도 특정전자정보이용조치의 종류와 목적, 대상, 범위, 유효기간을 반드시 명시하도록 하였으나, 해외 서버나 경유지 등을 파악하기 힘든 점, 그리고 정보요원의 활동, 수사의 밀행성 등을 감안한다면 집행장소와 방법을 특정하기는 매우 어려우나, 가능한 집행장소와 방법을 특정할 수 있도록 하였다.

이 법(안) 제5조 제5항 청구인에게 통지의무를 부과하여 국민의 알권리와 기본권을 충족하였다.

마지막으로 이 법(안) 제5조 제6항 통신비밀보호법에 준하였지만 국가 안보상황임을 고려했을 경우 유효기관은 최대 4개월로 하였지만 불가피한 점을 고려하여 유효기간이 경과될 경우 이유를 명시하고 제1회 재연장할 수 있도록 하고 역시 고등법원의 허가를 받도록 하여 기본권 침해가 방지되는 것을 방지하였다.

(6) 긴급한 특정전자정보 이용에 대한 조치

제6조(긴급 특정전자정보이용조치)

① 정보수사기관의 장은 국가안보를 위협하는 테러, 조직범죄 등의 음모행위, 또는 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황에 처해 있거나, 제5조제1항제1호의 요건을 구비한 특정전자정보에 대하여 긴급한 사유가 있는 때에는 허가없이 특정전자정보이용조치를 할 수 있다.

② 정보수사기관의 장은 제1항의 규정에 의한 특정전자정보이용조치(이하 "긴급 특정전자정보이용조치"라고 함)의 집행 착수 이후 가능한 지체없이 허가청구를 하여야 한다. 이때 긴급하게 이용조치 한 이유를 서면(이하 "긴급 이용조치서"라 함)으로 작성후 소속기관에 긴급 특정전자정보이용조치 대장을 비치하여야 한다. 또한 정보수사기관의 장은 긴급 특정전자정보이용조치를 한 때부터 48시간 이내에 허가를 받지 못한 때에는 곧바로 제공받은 특정전자장보를 폐기하여야 한다.

③ 정보수사기관의 장은 국가안보를 위협하는 테러, 조직범죄 등의 음모행위, 직접적인 사망이가 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 국가비상 또는 긴급한 상황에 처해 있거나, 제5조제1항제2호의 요건을 구비한 특정전자정보에 대하여 대통령의 승인을 얻을 시간적 여유가 없거나, 국가안전보장에 대한 위해를 초래할 수 있는 특정전자정보이용조치를 긴급하게 실시해야 할 경우에는 소속 장관(국가정보원장을 포함함)의 승인을 얻어 특정전자정보이용조치를 할 수 있다.

④ 전항의 규정에 의하여 긴급 특정전자정보이용조치를 한 이후에 정보수사기관의 장은 지체없이 대통령의 승인을 얻어야 하며, 48시간 이내에 대통령의 승인을 얻지 못한 때에는 즉시 제공받은 특정전자정보를 폐기하여야 한다.

이 법(안) 제6조 제1항 규정은 국가안보를 위협하는 테러, 조직범죄, 중대범죄의 음모, 범죄 계획 등 긴박한 상황의 경우 사전에 파악하여 국가 안보, 인명과 재산을

미리 예방하고자 긴급 특정전자정보이용조치를 고려하여, 이 경우 사전에 허가없이 특정전자정보이용조치를 할 수 있도록 하였다.

이 법(안) 제6조 제2항 규정은 긴급 특정전자정보의 집행 착수 이후 지체 없이 사후에 허가 청구를 하여야 함을 명시하였고 기관에서는 긴급 이용조치서를 작성후 비치하도록 하여 절차의 적법성을 유지하도록 하였다. 또한 정보수사기관의 장은 48시간 이내에 허가를 받도록 하였는데 허가를 득하지 못한 경우 바로 폐기하도록 하여 기본권 침해를 최소화 하였다.

이 법(안) 제6조 제3항 규정은 안보, 테러 등 국가 비상, 국민의 생명을 침해하는 긴급상황시 또는 대통령의 승인을 얻을 시간적 여유가 없는 급박한 상황을 고려하여 이때에는 소속장관의 승인을 받아 특정전자지용조치를 할 수 있도록 하였다.

마지막으로 이 법(안) 제6조 제4항 이 경우에도 사후에 지체없이 대통령에게 승인을 받아야 하며, 48시간 이내에 승인을 얻지 못한 경우에는 특정전자정보를 즉시 폐기하도록 하여 전자정보 남용을 억제하였다.

(7) 특정전자정보이용조치의 집행

제7조(특정전자정보이용조치의 집행)

① 정보수사기관의 장은 제5조 및 제6조의 특정전자정보이용조치를 원칙적으로 집행할 수 있으며, 전자정보 보관자에게 집행을 위탁하거나 협조를 요청할 수 있다.

② 특정전자정보이용조치의 집행은 전자정보 보관자의 전자저장매체에서 가능한 특정전자정보만을 선별하여 열람 및 복제하여 체록하여야 한다. 다만, 복제하는 방법이 불가능하거나 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체를 제출받을 수 있다.

③ 특정전자정보이용조치의 집행을 위탁하거나 집행에 관한 협조를 요청하는 자는 특정전자정보이용조치 허가서(제5조제1항제2호의 경우에는 대통령의 승인서를 말함), 또는 긴급 이용조치서 표지의 사본을 교부하여야 하며, 이를 위탁받거나 협조요청을 받은 자는 특정전자정보이용조치 허가서 또는 긴급 이용조치서의 표지사본을 대통령령이 정하는 기간동안 보존하여야 한다.

④ 정보통신서비스 제공자는 특정전자정보이용조치 허가서 또는 긴급 이용조치서에 기재된 정보저장매체의 아이디 등이 사실과 일치하지 않을 경우 그 집행을 거부할 수 있으며, 어떠한 경우에도 정보통신서비스에 사용된 비밀번호나 암호 등을 누설할 수 없다.

이 법(안) 제7조 제1항 외국의 경우 통신회사에게 의무적으로 정보·수사기관에게 협조하도록 하였으므로 원칙적으로 집행할 수 있다고 규정하였지만 기본권 보호와

정보 남용의 차원에서 의무가 아닌 임의적 규정으로 고려하여 위탁하거나 협조할 수 있다는 형식으로 규정하였다.

이 법(안) 제7조 제2항은 보관자의 디지털 정보를 전자저장매체에서 집행할 경우 특정하기가 어려우므로 가능한 선별하여 열람 및 복제하여 체록하여야 한다고 규정하였다. 다만 불가능하거나 목적 달성이 현저히 곤란할 경우 정보저장매체를 통째로 제출받을 수 있도록 하였다.

이 법(안) 제7조 제3항은 정보 보관자에게 집행에 관한 협조를 요청할 경우 절차적 적법성과 투명성을 위하여 특정전자정보이용조치 허가서의 승인을 받아야 하며, 긴급이용조치의 경우는 긴급성을 감안하여 긴급이용조치서 표지의 사본을 교부하도록 하였다. 또한 허가서 또는 긴급 이용조치서의 표지 사본을 보존하도록 하였다.

마지막으로 이 법(안) 제7조 제4항은 개인정보의 보호 차원과 다른 정보를 함부로 제공받지 못하도록 하기 위하여 아이디 등 개인정보의 사실과 다른 경우 집행을 거부하도록 하였으며, 비밀번호나 암호 등을 누설할 수 없도록 하여 프라이버시의 침해를 최소화 하였다.

(8) 특정전자정보이용조치의 집행에 대한 통지

제8조(특정전자정보이용조치의 집행에 대한 통지)

① 정보수사기관의 장은 제5조제1항제1호 및 제6조제1항의 규정에 의한 특정전자정보이용조치를 집행한 날로부터 30일 이내에 정보주체에게 특정전자정보이용조치를 집행한 일자, 이용조치내역, 집행이유 등을 서면으로 통지하여야 한다.

② 제1항에도 불구하고 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 때에는 그 사유가 해소될 때까지 통지를 유예할 수 있다.

1. 국가의 안전보장, 공공의 안녕질서를 위태롭게 할 위험이 현저한 때
2. 사람의 생명, 신체에 중대한 위험을 초래할 위험이 구체적이고 현저한 때

③ 정보수사기관의 장은 전항의 각호의 사유가 해소된 때에는 사유가 해소된 날로부터 30일 이내에 제1항의 규정에 의한 통지를 정보주체에게 하여야 한다.

이 법(안) 제8조 제1항은 통신비밀보호법과 마찬가지로 통지 규정을 마련하여 국민의 알권리를 보장하고 당사자의 정보가 열람되었다는 사실을 통지하도록 하였으며, 제2항은 국가의 안전보장이나 공공의 안녕질서 및 사람의 생명 등 긴급을 요구하는 때에 통지를 유예할 수 있는 유예규정을 마련하였다.

(9) 특정전자정보이용조치의 비밀준수 의무

제9조(비밀준수의 의무)
① 특정전자정보이용조치의 허가·집행·통보 등에 관여한 공무원 또는 그 직에 있었던 자는 직무상 알게 된 특정전자정보이용조치에 관한 사항을 외부에 공개하거나 누설하여서는 아니된다.
② 특정전자정보이용조치에 관여한 정보통신서비스 제공자의 직원 또는 그 직에 있었던 자는 특정전자정보이용조치에 관한 사항을 외부에 공개하거나 누설하여서는 아니된다.
③ 누구든지 이 법에 따른 특정전자정보이용조치로 알게 된 내용을 외부에 공개하거나 누설하여서는 아니된다.
④ 이 법에서의 특정전자정보이용조치의 허가절차·허가여부·허가내용 등의 법원의 비밀유지에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

이 법(안) 제9조 제1항은 허가, 집행, 통보 등에 관여한 공무원 또는 그 직에 있었던 자에게 직무상 알게 된 사항을 공개 및 누설하지 못하도록 하여 프라이버시와 기본권 보호에 충실하였다.

이 법(안) 제9조 제2항은 특정전자정보이용조치에 관여한 정보통신서비스 제공자의 직원 또는 그 직에 있었던 자에게 직무상 알게 된 사항을 공개 및 누설하지 못하도록 하여 프라이버시와 기본권 보호에 충실하였다.

이 법(안) 제9조 제3항은 누구든지 특정전자정보이용조치로 알게 된 내용을 공개 및 누설하지 못하도록 하여 프라이버시와 기본권 보호에 충실하였다.

마지막으로 이 법(안) 제9조 제4항은 특정전자정보이용조치 관련 법원의 비밀 유지 규정을 마련하여 국가 안보 관련 중대한 사항에 대해서는 대법원의 규칙에 의하도록 하였다.

(10) 특정전자정보이용조치로 취득한 자료의 사용제한

제10조(특정전자정보이용조치로 취득한 자료의 사용제한)
제7조의 규정에 의한 특정전자정보이용조치의 집행으로 인하여 취득된 전자정보의 내용은 다음 각호의 경우 이외에는 사용할 수 없다.
1. 국가안전보장 위해의 방지, 안보 위해 행위자·수법의 규명, 위해로 인한 안보영향의 분석 정보의 작성을 위하여 사용하는 경우
2. 정보주체가 제기하는 손해배상소송에서 사용하는 경우
3. 기타 다른 법률의 규정에 의하여 사용하는 경우

이 법(안) 제10조에서는 특정전자정보이용조치로 취득한 자료의 사용을 제한 규정으로 국가안전보장과 손해배상 소송, 기타 다른 법률의 규정에서 사용하는 경우 이외에는 원칙적으로 사용을 제한한 규정을 마련하여 기본권 보호와 정보남용을 최소화하기 위한 규정이다.

(11) 국회의 통제 기능

제11조(국회의 통제)
① 국회의 상임위원회와 국정감사 및 조사를 위한 위원회는 필요한 경우 위원회에서 특정한 특정전자정보이용조치 등에 대하여 법원행정처장 또는 특정전자정보이용조치를 청구하거나 신청한 기관의 장 또는 이를 집행한 기관의 장에 대하여 보고를 요구할 수 있다.
② 국회 상임위원회와 국정감사 및 조사를 위한 위원회의 의결에 의하여 특정전자정보이용조치 집행기관 또는 협조기관의 장소에 대하여 위원회는 현장검증이나 조사를 실시할 수 있다. 이 경우 현장검증이나 조사에 참여한 자는 그로 인하여 알게 된 비밀을 정당한 사유없이 누설하여서는 아니된다.
③ 전항의 규정에 의한 현장검증이나 조사는 개인의 사생활을 침해하거나 계속중인 재판 또는 수사중인 사건의 소추에 관여할 목적으로 행사되어서는 아니된다.
④ 특정전자정보이용조치를 집행하거나 위탁받은 기관 또는 협조한 기관의 중앙행정기관의 장은 국회의 상임위원회와 국정감사 및 조사를 위한 위원회의 요구가 있는 경우 대통령령이 정하는 바에 의하여 제5조부터 제8조까지 관련된 특정전자정보이용조치 보고서를 국회에 제출하여야 한다. 다만, 정보수사기관의 장은 국회 정보위원회에 제출하여야 한다.

이 법(안) 제11조 제1항에서는 외국의 경우 국회의 정보위원회 내지 다른 제3의 기관에서 정보수사기관의 정보수집을 감시하고 통제하고 있는데 이것은 정보수사기관의 감청 등 정보남용을 철저히 차단하기 위해서이다. 본 규정은 여기서 더 나아가 필요한 경우 국회의 국정감사나 조사를 위한 상임위원회 및 다른 위원회를 통해서 특정전자정보이용조치 내역의 보고를 요구할 수 있도록 하였으며, 아울러 특정전자정보이용조치의 허가를 담당한 법원에게도 보고 요구하도록 하여 가능하였다.

이 법(안) 제11조 제2항에서는 필요한 경우 위원회로 하여금 현장검증이나 조사도 실시할 수 있도록 규정하였고 여기에 참여한 자도 비밀누설을 하지 못하도록 하였다.

이 법(안) 제11조 제3항에서는 본 규정은 현장검증이나 조사의 자료를 이용하여 개인의 프라이버시 침해하거나 재판, 소추에 관여하지 못하도록 하였다.

마지막으로 이 법(안) 제11조 제4항에서는 특정전자정보이용조치의 집행, 위탁받은 기관 또는 협조한 기관의 중앙행정기관의 장 역시 특정전자정보이용조치 보고서를

국회에 보고하도록 하여 특전전자정보이용조치의 남용을 방지할 수 있는 장치를 마련하였다. 다만 정보수사기관의 장은 국회 정보위원회에 제출하도록 하였다.

(12) 전자정보 보관자의 협조의무

제12조(전자정보 보관자의 협조의무)
① 전자정보보관자는 특별한 사정이 없는 한 정보수사기관의 장이 이 법에 의하여 집행할 경우 특정전자정보이용조치에 협조하여야 한다.
② 전항의 규정에 따라 특정전자정보이용조치의 집행을 위하여 전자정보 보관자가 협조할 사항에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

이 법(안) 제12조에서는 특별하거나 불가피한 사정이 없는 한 국가안보 등 중대하고 긴급한 사안의 경우 정보수사기관의 장이 이 법에 의하여 집행할 경우 협조해야 한다.

(13) 벌칙 및 부칙 조항

제13조(벌칙)
① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격 정지에 처한다.
1. 제9조 제1항을 위반하여 직무상 알게 된 특정전자정보이용조치에 관한 사항을 외부에 공개하거나 누설한 자
2. 제11조 제2항을 위반하여 알게 된 비밀을 정당한 사유없이 누설한 자

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
1. 제7조제3항의 규정에 위반하여 특정전자정보이용조치 허가서 또는 긴급이용조치서 등의 표지의 사본을 보존하지 아니한 자
2. 제6조제2항의 규정에 위반하여 대장을 비치하지 아니한 자
3. 제7조제4항의 규정에 위반하여 전기통신서비스에 사용되는 비밀번호나 암호 등을 누설한 자

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
1. 제6조제2항 후단 또는 제4항 후단의 규정에 위반하여 긴급 특정전자정보를 즉시 폐지하지 아니한 자
2. 제9조 제2항, 제3항의 비밀준수 의무를 위반하여 공개하거나 누설한 자
3. 제12조 제1항의 특정전자정보이용조치에 협조하지 아니한 자

부칙
이 법은 공포후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

이 법안 제13조에서는 벌칙규정을 제시하였는데, 제1항과 제2항의 경우 통신비밀보호법과의 균형을 맞추기 위하여 이와 유사하게 벌칙규정을 마련하였다. 또한 제3항의 경우는 독일의 경우 전기통신사업자나 그 관계자가 감청 사실을 다른 사람에게 알릴 경우에 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고 있는 것을 참고하였다.

제 7 장

결론

윤해성

제7장

결론

헌법상 영장주의 제도를 제대로 이해하기 위해서는, 그리고 IT기술이 발달한 현재에도 여전히 유효해야 하는지를 밝히기 위해서는 우선 영장제도의 태동과 발전과정을 살펴보는 것이 의미가 있다. 영장제도는 왜 생겨났으며, 무엇을 보장하기 위한 것이었는지를 살펴보아야 한다.

영장제도를 헌법적, 인권적 관점에서 접근한다면, 역사적으로 영장제도는 국가의 권력(즉 실력적 강제)의 행사로부터 인신을 보호하기 위한 절차적 보장으로 해석될 수 있다.[1242] 인신보호를 위한 영장제도의 기원은 영국에서 찾을 수 있다. 영국의 Magna Carta에서 영장제도의 기원으로 불리는 Habeas Corpus의 기원을 찾을 수 있고,[1243] 불법인신구금에 대항하기 위한 것으로 영장제도라는 것을 만들어 낸 것이다. 영장제도 이전의 사회에서 구금이라는 것은 법적인 제도에 의한 것이라기보다는 권력자의 사실상의 (자의적인) 실력(폭력)의 행사였고, 논리적으로 이를 벗어나기 위해서는 그만큼의 실력(또는 금전)을 가져야 하는 것이다. 이러한 자의적인 구금에 대응하기 위한 인신구속은 일정한 절차가 있어야 하고, 이를 심사할 중립적 기관의 심사와, 중립적 기관의 명령 등이 필요하다는 점을 Habeas Corpus라는 제도로 성립된 것이다.

오늘날은 이 제도가 각국의 사정에 맞도록 변형되었지만, 그 핵심은 국가 권력에 의한 수사상의 강제처분은 수사기관 등의 자의에 의해서는 아니 되고, 중립적이고 독립적인 기관에서의 강제처분이 필수적인가, 즉 당사자의 기본권을 침해해도 정당화될 정도로 수사를 통한 공익이 우월한지에 대하여 심사하여, 구속 등의 강제처분

1242) 하태훈 외, "영장제도의 현황 및 개선방안 연구", 국가인권위원회, 2013, 1면.
1243) 물론 이때는 국민이 아닌 국왕과 귀족들 사이의 권리에 관한 규정이었다.

여부를 결정하도록 하는 것이다.[1244] 이와 함께 일반영장-압수와 수색 등 수사의 범위를 특정하지 않아 수색의 권한이 확대된 영장-이 인정되지 않다는 것도 중요한 원칙으로 발전되었다.[1245] 이와 궤를 같이하며 미국은 수정헌법 제4조에 사생활의 침해를 방지하기 위해 '불합리한 수색과 압수'(unreasonable searches and seizures)로부터 신체, 주거, 서류와 동산에 대한 국민의 기본권을 보장하고 있으며, 이를 위해 상당한 이유(probable cause)가 있는 경우에만 영장이 발부되도록 규정하고 있는 것을 알 수 있었다. 또한 수정헌법 제14조는 개인의 생명, 자유와 재산을 보호하기 위해 적법절차(due process)에 대해 규정하고 있는 것을 다시 한번 확인할 수 있었다.

우리나라는 근대적 영장제도가 미군정시대에 군정법령 제176호로 최초로 도입되었고,[1246] 우리나라의 영장제도는 미국에 의한 영미식의 제도가 도입되면서, 법관에 의한 영장주의제도를 도입하게 되었다. 그리하여 법관에 의한 영장 없이는 인신의 자유를 구속할 수 없도록 규정하였다(제3조). 그러다 1948년 제헌헌법 제9조에 영장주의를 규정하였다. 이 규정은 영장발부권한이 법관에 있음과 사전영장을 원칙으로 하고 사후영장을 예외적인 경우에 인정하도록, 즉 '현행 범인의 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때' 수사기관이 사후에 영장을 청구할 수 있도록 규정한 것이다. 이 조항에 대해 유진오박사는 '이 제도를 채용함으로 범죄수사에 상당한 곤란이 있을 것으로 예상되지만, 수사의 편의를 위해 국민의 자유를 경시할 수 없으므로 이 제도를 채용한다'고 설명하고 있다. 다만 원칙의 고수로 수사에 난항이 예상되는 경우 단서에 의해 영장주의를 완화하고 있다고 설명하고 있는데,[1247] 즉 제헌헌법에서부터 영장주의로 인한 수사의 곤란과 이에 대응하는 국민의 자유에 대하여 비교형량할 것을 설명하고 있는 것이다. 그러다 5차 헌법 개정에서 영장주의가 적용되는 강제수사에 체포·구금·수색 외에 압수를 추가하였고, 영장신청권자를 검찰관으로 명시하였다. 또한 사후영장을 신청할 수 있는 예외적인 경우를 '현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에

1244) 하태훈 외, "영장제도의 현황 및 개선방안 연구", 국가인권위원회, 2013, 10면.
1245) 문성도, "영장주의의 도입과 형성에 관한 연구 – 1954년 형사소송법의 성립을 중심으로", 서울대학교 법학박사학위논문, 2001, 22-23면.
1246) 정웅석,"헌법상 검사의 영장청구의 의미와 가치에 관한 연구", 형사소송 이론과 실무, 제9권 제2호, 2017, 4면; 자세한 내용은 하태훈 외, "영장제도의 현황 및 개선방안 연구", 국가인권위원회, 2013, 69면 이하 참조.
1247) 유진오,『신고헌법해의』, 일조각, 1959, 69면.

해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때'로 규정하였으며 이후에는 큰 변화가 없었다.

이처럼 영장제도는 영미법계에서 유래한 제도로 헌법재판소에 따르면 그 기본적 내용은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 행함에 있어서는 독립적이고 중립적인 법관의 판단에 따라 발부한 영장에 의하여 이루어져야 한다는 것을 의미하고 있는 것이다.[1248] 그리고 우리나라 헌법에 따르면 사전영장의 원칙과 영장제시를 규정하고 있으며, 비교법적으로 드물게 검사를 영장의 신청권자로 규정하고 있지만 영장주의 또는 영장제도의 정확한 개념과 그 본질 및 헌법과 형사소송법이 의미하는 영장주의가 무엇을 의미하는지에 대해서는 여전히 분명하지 않다. 이 때문에 영장주의의 전반적 적용범위에 대한 문제, 형사처분뿐만 아니라 징계처분이나 행정조사 등 행정처분에 대해서도 영장주의가 적용되는지에 대한 문제 등 다양한 견해의 대립을 유발하였다.

그러나 최근 헌법재판소는 영장주의가 체포와 구속, 그리고 압수와 수색에 국한되지 않는다는 취지로 판단한 적이 있어[1249] 영장주의의 적용범위에 대해서는 향후 논의가 계속될 것으로 보인다. 또한 영장주의가 명시되었을 시점과는 달리 첨단수사기법들이 등장을 하고 있는데, 가령 통신비밀보호법에 따르면 범죄수사를 위한 통신제한조치(동법 제5조), 통신사실 확인자료 제공요청(동법 제13조), 통신자료 제공요청(전기통신사업법 제83조 제3항) 등이 있으며 이외에도 다양한 첨단수사기법이 존재한다. 이러한 수사기법과 관련하여 영장주의의 적용여부와 영장주의 위반여부에 대한 다양한 판례와 이에 대한 평석들이 존재한다는 것을 확인하였다.

이에 본 연구에서는 영장주의의 본질적 내용을 기본으로 하여, 새로운 수사기법에도 영장주의가 적용될 수 있는지, 적용하는 과정에서 영장주의를 변용할 수 있는지를 검토하였다. 또한 영장주의에 대한 헌법적 관점뿐만 아니라 소송법적 관점에서 그 법 이론적 기초가 무엇이며, 핵심표지와 기본원리사상에 대하여 연구하였다. 그 결과, 헌법에 나타난 표현으로는 사전영장의 원칙, 영장제시의 원칙, 법관에 의한 영장발부의 원칙, 적법절차의 원칙, 사후영장제도, 일반영장금지의 원칙 등 헌법상 표현된

1248) 헌법재판소 1992.4.14. 90헌마82 결정.
1249) 헌법재판소 2018.6.28. 2012헌마191 결정.

영장주의에 대한 내용을 검토하였고, 이를 위하여 영장주의에 대한 헌법재판소 결정례에 대한 분석과 검토 역시 하였다. 더불어 영장주의의 기본적 내용을 탐구하기 위해서는 영장주의의 본질에 대한 검토가 무엇보다 필요하다는 판단 하에 영장주의의 본질과 관련하여 외국의 입법례에 대하여 검토를 하였다.

독일과 비교해 보았을 때, 강제처분법정주의는 대륙식 법률유보의 사고가 형사소송법에 구현된 것이므로, 영장주의와 강제처분법정주의의 관계는 독일식으로 설명하면 법률유보와 법관유보의 관계이며, 이를 우리 헌법차원에서 본다면, 적법절차와 영장주의 문제로 구분할 수 있다. 이와 관련하여, 영장주의 관련 헌법규정과 독일 기본법의 법관유보 조항을 비교해 보면 다음과 같다.

[표 7-1] 한국 헌법과 독일 기본법 강제처분 관련 조항 비교

대한민국 헌법	독일 기본법
제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포 · 구속 · 압수 · 수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌 · 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.	제2조 ② 누구든지 생명권 및 신체적 훼손을 받지 않을 권리를 가진다. 신체의 자유는 침해되어서는 아니 된다. 이 권리는 오직 법률에 근거하여 침해될 수 있다.
제12조 ③ 체포 · 구속 · 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.	제104조 ① 신체의 자유의 제한은 형식적인 법률에 근거한 경우, 그리고 그 법률이 정하는 형식에 따른 경우에만 가능하다. 구금된 사람은 정신적·육체적 학대를 받아서는 아니 된다. ② 자유박탈의 허용 및 계속에 대하여서는 법관이 결정한다. 법관의 명령에 의하지 않고 행해진 자유의 박탈은 지체 없이 법관의 결정을 구해야 한다. 경찰은 누구라도 자기의 권한으로 체포일 기준 익일을 초과해 구금할 수 없다. 구체적인 사항은 법률로 정해야 한다. ③ 누구든지 처벌가능한 행위의 혐의로 일시적인 체포가 행해진 때에는 늦어도 체포의 익일에는 법관에게 이송되어야 한다. 법관은 피체포자에게 체포 이유를 고지한 후 심문해야하며, 항변 기회를 주어야 한다. 법관은 지체 없이 체포 이유가 기재된 체포영장을 발부하거나, 석방을 명하여야 한다. ④ 자유박탈 명령 또는 계속에 관한 법관의 결정은 피구금자의 가족 또는 그가 신뢰하는 사람에게 지체 없이 통지돼야 한다.

[표 7-1] (계속)

대한민국 헌법	독일 기본법
제16조 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.	제13조 ① 주거는 침해되지 아니한다. ② 수색은 법관에 의해 실시되며, 지체 시 위험한 경우에는 법률이 규정하는 타 기관에 의하여 법률에 규정된 형식으로만 실시한다. ③ 특정한 사실이, 법률이 개별적으로 특정한 중죄를 저질렀다는 의심을 입증하는 경우에, 사건 탐색이 다른 방법으로는 현저히 곤란하거나 불가능하다면, 법관의 명령으로 피의자 주거가 추정되는 장소에 감청 목적의 기재를 설치할 수 있다. 다만 이 조치에는 기한을 정하여야 한다. 이 명령은 3인 법관 재판부에 의하여 결정된다. 지체 시 위험한 경우에는 단독법관에 의해서도 명령이 이루어질 수 있다. ④ 급박한 공공 안전 위험, 특히나 공동의 위험 혹은 생명의 위험을 방지하기 위한 경우라면, 법관의 명령으로 주거 감시 목적의 기재를 설치할 수 있다. 지체 시 위험한 경우에 이 조치는 법률이 정한 타 기관도 명령할 수 있다. 타 기관에 의한 명령인 경우에는 사후 지체 없는 법관의 결정이 필요하다. ⑤ 기재가 오로지 주거 내 활동자 보호를 위하는 것인 때에는 그 조치를 법률이 정한 기관에서 지시할 수 있다. 이때 얻어진 정보가 목적 외 이용 가능한 경우는 형사소추 혹은 위험방지 목적 및 사전에 조치의 적법성이 법관으로 하여금 확인된 경우에 한한다. 지체 시 위험한 경우에는 사후에 법관의 결정을 받을 수 있다. ⑥ 매년 연방정부는 연방의회에 제3항에 따라 연방의 권한 범위 내에 있는 경우, 제4항에 따라 법관의 조사가 필요한 경우, 제5항에 따라 기술적 도구가 투입되는 경우에 대해 보고한다. 연방의회에 의해 선출된 위원회는 위의 보고를 토대로 의회 통제를 행사한다. 동등한 의회 통제가 보장된다. ⑦ 그 외, 침해와 제한은 공동·개인생명의 위험 방지, 공공안전·질서의 긴박한 위험 방지, 특히 주택부족 해결, 전염병 위험 퇴치 또는 위험에 처한 청소년 보호를 위한 경우에만 법률에 근거하여 허용된다.

독일과 비교해 보았을 때, 영장주의와 적법절차 원리는 다양한 규율영역에서 서로 중복되고 있으나 기본적인 성격이 동일한 것은 아님을 알 수 있다. 한국의 영장주의에

큰 영향을 미치고 있는 미국에서도 형사절차상 '영장주의'와 구별되는 다른 영역에서의 '영장'제도(특히 '행정영장', administrative warrant 논의)가 존재하는데, "행정조사에서 영장주의 도입에 관한 논의는 1967년 미국 연방대법원 판례(Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco)에서 나타났으며 이후 행정조사에서 행정영장이라는 완화된 영장개념을 통하여 영장주의를 일반적으로 인정하되, 특정유형의 산업(예컨대 총기산업, 탄광업, 폐차업 등)에 해당하는 경우 영장주의의 적용을 배제하는 판결이 이루어져 왔다."[1250] 이는 입법을 통해 '영장주의'와 거리가 있는 영역에서도 절차의 공정성, 신중함 등을 위하여 '영장'제도를 도입한 것이다.

한편, 독일법학의 영향으로 영장주의와 구별되는 법관유보의 관념도 형사소송법학에서 자주 등장하고 있는데, 현재 법관유보 개념을 사용하는 국내 견해는 대체로 '법관유보=사법적 통제>영장주의'로 생각하고 있다. 이에 대하여 우선, 독일에서 수사절차와 관련된 법관유보의 가치를 "법관유보는 특정한 그리고 법적으로 확정된 사례군들에서 검사와 경찰의 수사 활동에 대한 예방적 통제를 확보하기 위한 입법자의 수단이며 "형사절차에서 기본권 보호를 위한 왕도"로서의 의의가 있다."[1251]고 보았다.

다음으로, 법관유보의 관념을 전제로 이를 우위에 놓고서 생각할 때 영장주의는 하나의 유형적, 하부적 원칙이 된다고 할 수 있다. 다시 말해서, "영장주의는 수사기관이 인신구속 등 국민의 자유를 제한하는 경우 사법적 통제를 통하여 자의적인 권한 행사를 방지함으로써 국민의 인권을 보호하자는 취지를 담고 있는 '적법절차의 원칙'의 구현하는 대표적인 수단이자, 법관유보의 원칙의 구현하는 수단이다. 그러나 영장주의 그 자체가 형사절차에서 궁극적으로 추구해야 할 이념은 아니다."[1252]고 본 것이다.

더구나 "형식적 영장주의와는 달리 법관유보의 원칙에 따른 사법적 통제에 의하면 기본권 침해의 우려가 있는 경우 임의수사를 포함한 모든 수사행위는 공권력 행사로

1250) 김재선(2020),

1251) Silke Hüls(2009), S. 169. "Richtervorbehalte sind das Mittel des Gesetzgebers, um in bestimmten, gesetzlich festgelegten Fällen eine vorbeugende Kontrolle der Ermittlungstätigkeit von Staatsanwaltschaft und Polizei zu gewährleisten und gelten als "Königsweg des Grundrechtsschutzes im Strafverfahren"" 임철희(2019), 178면도 "기본권의 예방적 보호"가 법관유보의 기능으로 설명하고 있음.

1252) 박노섭(2019), 12면.

서 법관의 심사의 대상이 된다. (…) 또한, 법관유보의 원칙에 따르면 영장의 발부에 이르기까지 복잡한 절차를 필요로 하지 않는 비교적 경미한 침해의 수사행위라 하더라도 사전 혹은 사후에 법관의 심사를 받아야 한다. 이 점에서 법관유보의 원칙은 영장주의 원칙이 포섭하지 못하는 영역까지 법관의 통제 대상으로 확대할 수 있다."[1253]고 한 점에서 비추어 보면, 영장주의의 형식을 취하였다고 하여도 그것은 영장주의의 기본적 성격, '수사절차상 증거수집절차'에서 강제처분의 사전 허가제도라는 점과 무관할 지라도 입법자가 기본권의 강화된 보장을 위하여 영장주의의 절차적 규제를 도입할 수 있다는 것을 의미한다.

또한"어떠한 국가작용에 헌법상 영장주의가 적용되지 않음에도 불구하고, 기본권 침해가 중대하다는 등의 이유로 국회에서 법관의 영장 내지 허가를 요하도록 하는 내용의 법률을 제정할 수 있으며 실제 그러한 사례들이 존재한다. 다만, 이때의 영장(허가)제도는 헌법상의 영장주의가 아니라, 법률적 차원에서의 영장주의에 준하는 적법절차의 요건이라고 할 수 있을 것이다. (…) 영장주의가 적용되지 않음에도 불구하고 특정한 처분이나 수사를 함에 있어 법관의 허가·명령을 요건으로 규정하였다면, 이는 당사자의 기본권을 보다 두터이 보장하는 제도로서 특별히 위헌성이 문제될 것은 없다."[1254]고 하여 '사법적 통제=법관유보'의 영역에서는 공정한 제3자에 의한 통제를 통한 기본권의 예방적 보호라는 요소가 충족된다면, 영장주의와 같은 정도의 법관의 실질적 내용심사가 반드시 필요한 것은 아니며, 전문가의 의견을 듣고 그에 대해서 법관이 최종적으로 승인하는 방식의 접근도 가능하다. 문제는 적법절차 원리가 적용되는 사안들 중에서 어느 경우에 영장주의가 적용되는가하는 점이다. 이는'영장주의와 강제처분 법정주의의 사정(射程) 범위'의 관련해서 논의해야 할 사항이라고 판단된다.

감시와 관련하여 주요국의 법제도를 살펴본 결과, 우리나라와는 상반된 법제도를 가지고 있는 것을 확인할 수 있었다. 가령, 미국은「종합범죄방지 및 가로안전법(Omnibus Crime Control and Safe Streets Act)」"미국연방법전 제18편 범죄 및 형사

1253) 박노섭(2019), 14면.

1254) 김종현(2019), 48-49면. 다만, 통신비밀보호법 제6조의 범죄수사를 위한 통신제한조치를 이 경우라고 한 것은 동의할 수 없음. 이는 수사절차상 증거수집절차에서 법관에 의한 사전 허가제도의 하나로서 전형적인 영장주의의 영역이라고 볼 것임.

소송 제1부 범죄 제119장 유선 및 전자통신 감청과 대화의 감청 제2516조 유선통신,"[1255] 대화 또는 전자통신 감청 허가에서 감청을 허용하고 있다.[1256] 영국은 "수사권 규율법(Regulation of Investigatory Powers Act), 독일에서는 서신, 우편 및 전기통신 비밀 제한에 관한법률(Gesetz zur Beschrankun des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetzes)), 프랑스에서는 전기・전자 통신의 비밀에 관한 법률(Loi no°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques)에서 각각 국가안보 등을 위한 감청에 대하여 규정하고 있는 것을 알 수 있었다."[1257] 주요 선진국의 입법제도의 시사점으로는 우리나라의 경우도 디지털 기술 발전에 따른 수사 당국이 중대 범죄, 방첩 등의 범죄사건에서의 수사에서 저장된 정보라도 합법적으로 감청영장의 집행이 가능할 수 있도록 통신비밀보호법을 개정하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 특히 감청과 관련해서 우리나라의 대표적인 통신비밀보호법은 1993년 제정된 규정에서 크게 벗어나지 못한 상태로 오늘날까지 지속되고 있는 반면 외국의 경우 수사 및 정보기관의 감청을 합법적으로 승인하고 있는 것을 알 수 있다. 나아가 인터넷 서비스제공자의 경우도 협조의무가 있는데 이를 위반할 경우 엄정한 처벌을 하고 있는 실정이다. 게다가 온라인 수색, 기지국 수사의 허용은 물론 감시 소프트웨어 등을 통한 감청도 서슴지 않고 허용하고 있는 것을 알 수 있다. 다시 말해서 다양한

1255) 윤해성, "안보형사법제도 고찰", 대한민국 안보 형사법제 개선을 위한 대토론회, 2015, 44-45면.

1256) "제2516조 유선통신, 대화 또는 전자통신 감청 허가"

(1) "법무장관, 법무副장관, 법무차관이나 법무차관보, 법무차관보 대리 또는 법무부 차관보나 법무장관이 특별히 지정한 형사부내 법무副차관보 대리는 관할 연방판사에 대한 감청 허가 신청을 인가할 수 있으며," "이러한 감청이 다음 행위의 증거를 제시할 수 있거나 제시하였을 경우 판사는 본 장의 제2518조에 따라 연방수사국 또는 감청을 신청한 범죄의 수사책임을 지고 있는 연방기관에 유선통신 또는 대화의 감청을 허가 또는 승인하는 명령서를 발부할 수 있다."

(a) "연방 법전 제42편의 제2274조~제2277조(1954년 제정 원자력법 시행관련), 연방 법전 제42편 제2284조(핵시설이나 연료에 대한 파괴활동 관련)에 의거하거나 본 편의 다음 장 : 제37장(간첩행위관련), 제105장(파괴활동관련), 제115장(반역행위관련), 제102장(폭동관련), 제65장(악의적 위해 관련), 제111장(차량파괴관련), 제81장(저작권침해 관련)에 의거 사형이나 1년 이상의 금고에 처할 수 있는 범죄."

"미국은 이 외에도 해외정보감시법(Foreign Intelligence Surveillance Act), 법집행을 위한 통신지원법(Communications Assistance for Law Enforcement Act)에서도 이와 관련된 내용을 규정하고 있다"(윤해성, 안보형사법제도 고찰, 대한민국 안보 형사법제 개선을 위한 대토론회, 2015, 45면, 각주 64 재인용).

1257) 윤해성, "안보형사법제도 고찰", 대한민국 안보 형사법제 개선을 위한 대토론회, 2015, 45면.

통신기술을 합법적으로 승인하고 있으며 전자 감시 권한을 포괄적으로 설정하고 있는 것을 알 수 있었다.

이처럼 외국의 법제도를 살펴본 결과, 감청의 허용과 승인은 물론 인터넷 접속기록의 접근, 인터넷서비스제공업체의 협조의무, 그리고 형사절차상의 영장발부를 전담하는 위원회 및 법원이 존재한다는 것을 확인할 수 있었다. 해외 전문 법원과 관련해서 미국의 해외정보감시법(FISA)은 특정 비즈니스 기록, 즉 제3자 거래기록을 획득하고 사용할 수 있게 개정되었다. 그러나 수정헌법 제4조에 의하면, 일반적으로 수색영장은 범죄가 발생했거나 진행되고 있다고 믿을 수 있는 상당한 이유에 근거해야 하지만, 해외정보감시법(FISA)의 경우는 일반적인 규정 내용에는 해당하지 않는다고 판시하고 있다. 따라서 해외정보감시법(FISA)에 의한 감시는 범죄행위 관련 의심이 있는지 여부에 관계가 없어도 되며, 나아가 감시대상의 범죄혐의와 관련 없이도 적대적 외국세력 및 그 대리인을 감시하는데 있어서 상당한 이유(probable cause)에 근거해 허용하고 있는 것이다. 따라서 우리나라의 경우 외국과 같은 특별법원이 없기 때문에 적어도 전담재판부를 운영하거나 특별법원의 신설을 고려해 볼 수 있다.

그러나 우리 실정상 이러한 것을 십분 고려해도 법원의 엄격한 심사를 바탕으로 영장을 통한 감청허가를 받더라도 테러를 비롯하여 강력범죄자, 그리고 산업스파이 등 휴대전화나 인터넷 등을 사용하는 경우에 있어서 선제적으로 대응하기 어렵다. 아울러 증거 확보 또한 어려운 상황을 감안한다고 해도, 국민들의 통신의 자유와 개인의 프라이버시, 즉 사생활 보호를 위한 법적 장치의 마련을 고려하지 않을 수 없다. 다시 말해서 투명한 법 집행 절차에 의한 합법적인 감청을 보장하기 위해서라도 인터넷 등 통신수단에 대한 감청제도를 허가(법원)-집행(정보·수사기관)-협조(통신업체) 체제로 3원화한 제도를 고려해 볼 수 있다.

한편, 대부분의 선진국의 경우, 사업자의 감청설비를 의무적으로 마련할 수 있도록 법제화하고 있다. 이는 곧 인터넷서비스사업자에게 임의 제출 형식이 아닌 의무적으로 협조하고 필요한 경우에 한해서 증거능력을 인정하고 있다. 그러기 위해서는 무엇보다 통신제한조치를 집행할 수 있도록 전기통신사업자의 장비 등 구비의무 조항을 신설하여 협조할 수 있는 시스템을 고려하되, 인권보장 측면에서 관련 표준 제정을 마련하고, 장비 개발 등의 기술자문 및 관계기관의 의견수렴을 할 수 있는 가칭 "통신

제한조치기술자문위원회"를 설치하는 것 역시 고려해야 할 것이다.

아울러 우리 실정에 맞는 특별법을 제정하는 방안의 검토가 가능하다. 특별법 제정의 이면 뒤에는 외국의 경우 대부분 저장된 정보를 제공하거나 저장된 정보에 대한 압수수색이 가능하다는 점을 고려하지 않을 수 없고, 외국과 같이 저장된 정보의 경우 의무적으로 제공하는 것이 한국의 실정상 기본권의 보호 차원에서 어렵다면 저장된 정보를 법집행기관이 제공받을 수 있도록 하여야 할 것이다. 즉 저장된 정보라도 정보인권 내지 기본권 보호 차원에서 접근하여 통신비밀보호법상의 행정영장 방식의 허가서를 법원의 승인을 받아 집행하는 방법을 고려해 볼 수 있다. 또한 기본권 보장 차원에서 법원이 개인정보보호법상의 정보주체에게 해당사실을 알리도록 하여 정보주체에게 통지하도록 할 필요도 있다.

이에 우리와 유사한 대륙법체계를 가지고 있는 독일을 중심으로 우리나라가 특별법을 제정한다면 어떤 방향으로 제정할 것인지를 독일을 모델로 검토해 보면, 독일의 경우 전기통신감청은 검사의 신청을 받은 법원만이 명령할 수 있다. 그러므로 우리나라의 경우도 저장된 정보라도 검사의 신청을 받아 법원이 명령할 수 있도록 하여야 한다. 또한 독일은 긴급한 경우에는 검사도 감청조치를 명령할 수 있으나, 검사가 명령한 조치는 3근무일 안에 법원의 확인을 받지 못하면 실효된다. 그러므로 명령의 기간은 3개월 이하로 하고 있는 점을 참고로 한다면 저장된 정보라도 긴급하게 저장된 정보를 제공받을 경우에는 법집행기관이 선 정보수집 후 법원의 승인을 받도록 해야 할 것이며 그럼에도 불구하고 3일 안에 승인을 받지 못한다면 실효하도록 해야 한다. 이때 독일의 경우 명령은 서면이 원칙이며 기재할 서면 사항으로는 ① 조치의 대상이 되는 피의자의 이름과 주소를 알 수 있는 경우 그 이름과 주소, ② 조치를 명령한 근거가 되는 범죄혐의, ③ 조치의 종류, 범위, 종료시점, ④ 조치를 통하여 획득하려 하는 정보의 종류 및 그 정보가 소송에서 가지는 의미, ⑤ 감청 대상이 되는 통신설비나 단말기의 전화번호나 기타 표시(특정 사실에 비추어 볼 때 번호가 감청 대상 단말기 외의 다른 단말기의 번호이기도 하다고 볼 만한 근거가 없는 경우에 한함)와 정보기술시스템의 가능한 한 정확한 명칭(제100조e 제3항)을 고려해 보면 우리나라의 경우도 서면이 원칙이며 조치의 대상과 범죄혐의, 조치의 범위와 종료시점, 정보의 종류 등을 기재할 필요가 있다.

또한 독일은 전기통신감청을 명령하거나 이를 연장하는 사유를 기재할 때에는 명령의 전제조건 및 함께 고려해야 할 중요한 관점들을 설명해야 한다. 특히 혐의의 근거가 되는 특정 사실, 조치의 필요성 및 비례성에 관한 중요한 고려사항을 개별사안과 관련하여 설명해야 한다(제100조e 제4항). 그러므로 우리도 혐의의 특정사실, 조치의 필요성 및 비례성에 관한 중요 사항을 설명해야 할 것이다. 그리고 독일은 명령의 전제가 된 사실이 더 이상 존재하지 않으면 명령에 근거해 시행한 조치를 지체 없이 종료하고 있다. 조치가 종료하면 조치를 명령한 법원에 조치시행결과를 보고해야 한다. 명령의 요건이 더 이상 존재하지 않는데도 검사가 조치를 중단하려는 움직임을 보이지 않는다면 법원은 조치 중단을 명령해야 한다(제100조e 제5항). 그러므로 우리의 경우도 사실이 존재하지 않는다면 바로 조치를 종료해야 하며 조치시행 결과를 법원에 보고해야 할 필요가 있으며, 법집행기관이 조치를 하지 않는다면 법원이 개입하여 중단 명령을 하도록 해야 할 것이다.

특히 독일은 ① 전기통신감청의 대상이 되는 범죄(제100조a 제2항이 정한 범죄)로서 개별 사안에서도 중대한 범죄를 실행한 혐의가 있는 경우 또는 그 범죄의 미수도 처벌하는 때에는 범죄의 실행에 착수했거나 범죄를 별도의 범죄를 통하여 예비한 혐의가 있는 경우와 ② 전기통신을 수단으로 하여 범죄를 실행한 혐의가 있는 경우에 사실관계를 조사하는데 필요하고 사안의 중대성을 고려할 때에 비례성이 있다고 판단되는 한에서 통신자료를 조사할 수 있다. 그런데, ②의 경우에는 그 외에 사실관계 조사가 다른 방법으로는 불가능할 것으로 예상되는 때에만 통신자료를 조사할 수 있다(제100조g 제1항)고 규정하고 있으므로 우리나라도 사실관계가 다른 방법으로 불가능할 경우에 통신자료를 조사할 수 있도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있다.

또한 독일의 경우 「전기통신법」 제113조b에 따라 저장된 통신자료[1258]를 조사할

1258) 전기통신법 제113조b에 따라 저장된 통신자료란 같은 조 제2항과 제3항에서 언급한 정보를 말한다. 해당 규정의 내용은 다음과 같다.|
전기통신법 "제113조b(통신자료 저장 의무) ② 공중전화통신서비스 제공자는 다음 각 호의 사항을 저장한다.
1. 송신기 및 수신기의 전화번호 또는 기타 표지 및 전환접속 또는 중개접속인 경우 이에 참여한 다른 모든 기기의 전화번호 또는 기타 표지
2. 접속을 시작하고 종료한 날짜 및 시간(시간대 표시)
3. 전화서비스에서 다른 서비스도 이용되는 경우에는 그 이용된 서비스에 관한 정보
4. 휴대전화의 경우에는 a) 송수신되는 회선의 모바일 가입자의 국제표지, b) 송수신되는 단말기기의 국제표지, c) 선불서비스의 경우에는 서비스가 처음 활성화된 날짜 및 시간(시간

수 있는데, 특정 사실에 비추어볼 때 제2항 제1호 내지 제8호에서 정한 특별히 중대한 범죄[1259]를 정범이나 공범으로 실행했다는 혐의 또는 그러한 범죄의 미수도 처벌하는 때에는 범죄의 실행에 착수했다는 혐의가 있고 그 범죄가 개별사안에서도 중대하다고 판단되는 경우에는 「전기통신법」 제113조b에 근거해 저장된 통신자료를 조사할 수 있다. 다만 이 통신자료 조사는 사실관계의 조사나 피의자 소재지 파악 등의 수사가 다른 방법을 통할 경우에는 현저히 어렵거나 가망이 거의 없을 것으로 예상되고 조사가 범행의 중대성과 적절한 비례관계에 있는 경우에만 허용된다. 이에 따라 우리나라의 경우도 특별히 중대한 범죄[1260]를 정범이나 공범으로 실행했다는 혐의 또는 그러한 범죄의 미수도 처벌하는 때에는 범죄의 실행에 착수했다는 혐의가 있고 그 범죄가 개별사안에서도 중대하다고 판단되는 경우에 한하여 저장된 통신자료를 조사할 수 있도록 해야 한다.

그리고 독일은 무선기지국 통신자료 조사(Funkzellenabfrage)의 경우 다음 세 요건이 충족되는 때에 한해 허용하고 있다. ① 특히 전기통신감청의 대상이 되는 범죄(제100조a 제2항이 정한 범죄)로서 개별사안에서도 중대한 범죄를 실행한 혐의 또는 그 범죄의 미수도 처벌하는 때에는 범죄의 실행에 착수했거나 범죄를 별도의 범죄를 통하여 예비한 혐의가 있고, ② 무선기지국 통신자료 조사가 사안의 중대성과 적절한 비례관계에 있으며, ③ 사실관계 조사 또는 피의자 소재지 수사가 다른 방법으로는 불가능하거나 매우 어려울 것으로 예상되어야 한다. 무선기지국 통신자료 조사를 위

대 표시)

5. 인터넷 전화의 경우에는 송수신 회선의 IP주소 및 할당된 이용자 표지 [...]

③ 공중인터넷서비스 제공자는 다음 각 호의 사항을 저장한다.

1. 인터넷 이용을 위하여 가입자에게 부여된 IP주소
2. 인터넷 이용을 위한 설비의 분명한 표시 및 부여된 이용자번호
3. 부여된 IP주소를 통한 인터넷 이용의 시작 및 종료의 날짜 및 시간(시간대 표시)"

1259) 제2항 제1호 내지 제8호에서 열거한 중범죄는 「형법」, 「외국인체류법」, 「무역법」, 「마약법」, 「마약재료감시법」, 「전쟁무기통제법」, 「국제형법」, 「무기법」상의 특정 범죄다. 이들 가운데 제1호에서 열거한 「형법」상의 중범죄에는 국가안보를 위협하는 범죄도 포함되어 있다. 「형법」 각칙 제1장 '평화를 해치는 죄, 내란죄 및 민주적 법치국가 위해죄', 제2장 '간첩 및 외환의 죄'에 속한 규정들이 그것이다.

1260) 제2항 제1호 내지 제8호에서 열거한 중범죄는 「형법」, 「외국인체류법」, 「무역법」, 「마약법」, 「마약재료감시법」, 「전쟁무기통제법」, 「국제형법」, 「무기법」상의 특정 범죄다. 이들 가운데 제1호에서 열거한 「형법」상의 중범죄에는 국가안보를 위협하는 범죄도 포함되어 있다. 「형법」 각칙 제1장 '평화를 해치는 죄, 내란죄 및 민주적 법치국가 위해죄', 제2장 '간첩 및 외환의 죄'에 속한 규정들이 그것이다.

하여 「전기통신법」 제113조b에 따라 저장된 통신자료를 사용하는 것은 그 저장된 통신자료를 사용할 수 있는 요건이 충족되는 경우에 한한다(제100조g 제3항)고 규정하고 있다. 이를 참고로 하여 우리나라의 경우도 중대한 범죄를 실행한 혐의 또는 그 범죄의 미수도 처벌하는 때에는 범죄의 실행에 착수했거나 범죄를 별도의 범죄를 통하여 예비한 혐의가 있고, 조사가 사안의 중대성과 적절한 비례관계에 있으며, 사실관계 조사 또는 피의자 소재지 수사가 다른 방법으로는 불가능하거나 매우 어려울 것으로 예상된 경우에 한하여 저장된 통신자료를 사용할 수 있도록 허용하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다.

이처럼 독일은 전기통신감청, 온라인수색, 주거감청, 주거 밖에서의 감청, 주거 밖에서의 기타 조치 및 이동통신단말기에 대한 기술적 수사조치를 통해 획득한 개인관련 정보에는 적절한 표시를 하고 있으며, 정보가 다른 부서에 전달된 후에는 전달받은 부서가 표시를 유지해야 한다(제101조 제3항)고 규정하고 있다. 그리고, 조치를 실행한 후에는 그 사실을 관련자에게 통지해야 한다. ① 전기통신감청(제100조a)은 감청된 전기통신의 관계자에게, ② 온라인수색(제100조b)은 대상자 및 수색과 상당한 정도로 관련되는 사람에게, ③ 주거감청(제100조c)은 감청 대상이 된 피의자, 기타 감청된 사람들, 감청한 때 주거를 소유하거나 주거에 거주한 사람에게, ④ 주거 밖에서의 감청(제100조f)은 대상자 및 감청과 상당한 정도로 관련되는 사람에게, ⑤ 이동통신단말기에 대한 기술적 수사조치(제100조i)는 대상자에게 통지를 해야 한다. 통지할 때에는 통지 후 2주 내에 명령을 내린 법원에 조치 및 그 시행방법의 적법성 심사를 신청할 수 있다는 사실과 심사결과에는 즉시 이의를 제기할 수 있다는 사실도 함께 알려야 한다. 다만 통지의 이익이 당사자의 보호할 만한 다른 이익에 비하면 현저히 적을 뿐만 아니라 그 이익에 반하기도 하는 때에는 통지하지 않는다고 규정하고 있다.

특히, 전기통신감청(제100조a)과 온라인수색(제100조b) 조치의 경우 조치 대상자가 아닌 관련자에게는 그가 조치와 경미한 정도로만 관련되었거나 통지를 받을 이익이 없다고 판단되는 때에는, 통지하지 않을 수 있다. 그러나 통지는 수사 목적을 달성할 수 없는 위험이 생기거나 개인의 생명 · 신체적 완전성 · 자유 및 중요한 재산에 대한 위험이 생기는 경우를 제외하고는 반드시 해야 한다. 통지를 유보했다면, 그 사유를 문서로 기록해야 한다(제101조 제5항). 만약 위의 위험 때문에 통지를 유보한

기간이 조치 종료 후 12개월에 달한 경우에 통지를 계속 유보하려면 법원의 동의를 얻어야 한다. 이때 법원은 통지를 유보하는 기간을 정해야 하며, 법원은 통지의 요건이 장래에도 충족되지 않을 것이 거의 확실하다고 판단되는 경우에는 통지하지 않기로 하는 최종결정에 동의할 수 있다. 단기간에 다수의 조치가 시행된 경우 '조치 종료 후 12개월'이라는 기간은 마지막 조치가 종료한 때로부터 기산된다.

아울러 온라인수색 및 주거감청의 경우에는 12개월이 아니라 6개월로 한다(제101조 제6항). 전술한 법원의 결정은 조치의 명령을 관할하는 법원이 하며, 그 밖의 경우에는 관할 검찰의 소재지에 있는 법원이 한다. 조치 사실을 통지받는 대상이 되는 개인은 조치가 종료했더라도 통지가 있은 후 2주 이내에는 관할 법원에 대하여 조치 및 그 시행방법의 적법성의 심사를 신청할 수 있다. 심사결과에는 즉각 이의를 제기할 수 있다. 공소가 제기되고 피고인에게 통지되면 사건을 담당한 법원이 절차를 종료하는 결정에서 공소에 관한 결정을 내린다(제101조 제7항). 또한 조치를 통해 획득한 개인관련 정보가 형사소추 및 조치에 관한 법원의 심사를 위해 더 이상 불필요하게 된 경우에는 지체 없이 삭제해야 한다. 삭제 사실은 문서로 기록해야 하며, 조치에 대한 법원의 심사만을 목적으로 하여 삭제를 유보한 경우 그 정보는 당사자의 동의가 없는 한 그 목적으로만 사용할 수 있으며 정보에 대한 접근은 적절하게 차단해야 한다(제101조 제8항).

게다가 독일 형사소송법은 수사상 강제처분을 공개처분과 비밀처분으로 구분하고 있는데, 통신사실확인자료 수집에 관한 처분은 독일 형소법 제100g조에서 최근 공개처분으로 개정되었다. 그리고, 비밀감시처분은 기본적으로 기술적 수단을 전제로 하고 있는 것을 알 수 있다. 따라서 독일은 현행 형사소송법에 다양한 비밀강제처분이 존재하고 있는 것을 알 수 있다. 이러한 비밀강제처분은 범죄의 비중에 따라 규범적으로 4단계로 구분하고 있는데, ⅰ) 단순한 범죄, ⅱ) 중요한 의미의 범죄, ⅲ) 중요한 범죄, ⅳ) 특별히 중한 범죄로 구분하여 영장의 청구 및 발부 요건의 경우도 이에 준하여 하고 있다. 이러한 요건은 법관유보가 아니라 법률유보로 규범화함으로써 법관의 자의적 판단을 사전에 방지하기 위한 것이다. 나아가 범죄의 비중에 따른 규범적 구분은 헌법재판소의 판결에 의한 것임을 알 수 있다. 한편, '특별히 중한범죄'에 대해서는 주거의 불가침과 관련되는 주거내 음성감시(영상감시는 금지됨)[1261], 정보기술

시스템에 접근하여 데이터를 수집하는 온라인 수색, 통신사업자가 의무적으로 저장하여 보관해야 하는 통신사실확인자료의 수집이 가능하다.

사이버공간에서 운영되는 전자정보의 수집과 분석을 위해서 무엇보다 위해 정보의 개념과 범위를 명확히 정의하고, 국가안보 목적에 한해 기존 통신제한조치 및 압수수색 절차를 고려하되, 통신비밀보호법상의 행정영장적 성격을 감안하여 검사의 신청으로 법원의 허가를 받아 전자적 위해정보에 접근하도록 하는 등 법적 통제절차를 마련하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다. 이는 사이버상의 위해와 관련한 구체적인 범주의 정보에 대한 정보·수사기관의 접근 절차 및 범위를 명확히 함으로써 국가안전보장 업무 수행의 투명성을 제고하고 국민의 정보인권 및 기본권 향상에 기인함을 물론 사이버공간의 안보위해와 관련하여 정부와 민간이 서로 신뢰하고 협력할 수 있는 여건을 마련하는데 있다. 동시에 테러 등 국가안보를 수호할 수 있는 토대를 마련하고자 입법안을 제시하였다.

본 입법안의 제안 이유는 첫째, 우리나라의 경우 현재 사이버범죄방지협약(일명 '부다페스트 조약')에 가입하지 않고 있기 때문에 이행입법으로 신속한 보전명령에 대한 법규정이 없다. 둘째, 그렇기 때문에 형사소송법상 압수수색영장에 의해서 집행을 해야 하는데 본 연구를 통해 확인했지만 형사소송법상 압수수색영장을 집행하기에는 상당한 어려움이 따른다. 셋째, 우리나라의 경우 통신서비스의 협조의무가 당연규정이 아니라 임의적 규정이므로 법집행기관이 요청시 협조를 받기가 상당히 어렵다. 넷째, 전자영장제도가 시행되고 있지 않아 긴급성과 신속성이 요구되는 사안에 대하여도 일반적인 형사소송법상의 영장에 의해서 이루어지고 있으므로 시대에 뒤떨어진다는 비판이 제기될 수 있다. 이에

이를 위하여 본 연구에서는 적어도 사이버범죄에 대하여 가능한 신속하고 간소화할 수 있는 입법안을 제시하고자 한다. 제시한 개정안의 구체적인 방향은 해킹 등 전자적 수단으로 국가에 위해를 끼치는 명확하고 구체적인 행위에 관한 정보를 '특정전자정보'로 한정하여 정의하였다. 그리고 정보수사기관이 특정전자정보를 이용할 필요가 있는 경우에는 우선적으로 해당 처분권자로부터 자발적으로 제공받기 위하여 노력하고, 그럼에도 불구하고 자발적 제공 노력이 어려울 경우에 한하여 보충적·최후

1261) 독일 형사소송법은 주거내 음성감시와 주거외 음성감시를 구별하고 있다.

적 수단으로 「통신비밀보호법」에 따른 통신제한조치 또는 「형사소송법」에 따른 디지털정보 압수 절차와 유사하게 검사의 신청으로 법관으로부터 '특정 전자정보 이용허가서'를 발부(수사권이 아닌 행정영장적 성격)받아 특정 전자정보에 접근토록 하는 법적 통제절차 마련을 집중적으로 조명해 보고자 한다. 마지막으로 정보수사기관이 획득한 특정 전자정보의 관리 책임, 정보주체에 대한 통지 및 유예 요건·절차, 오·남용에 대한 통제 장치 등을 검토하여 정보인권을 보장하고자 한다.

이상을 참고로 하여 우리나라의 경우 정보수집 및 획득한 개인관련 정보는 적절한 표시를 해야 하며, 조치를 실행한 이후에는 통지를 하되, 법원의 조치 및 시행방법의 적법성 심사를 신청할 수 있고 이의를 제기할 수 있어야 한다. 또한 수사 목적을 달성할 수 없는 위험이 생기거나 개인의 생명 · 신체적 완전성 · 자유 및 중요한 재산에 대한 위험이 생기는 경우를 제외하고는 반드시 해야 하며, 통지를 유보했다면 그 사유를 문서로 기록해야 하고 장기간 유보를 해야 한다면 법원의 동의를 얻어야 한다. 또한 감청기간은 6개월 정도로 하며, 조치를 통해 획득한 개인관련정보가 형사소추 및 조치에 관한 법원의 심사를 위해 더 이상 필요하지 않거나 불필요하게 된 경우에는 지체 없이 삭제해야 한다. 그리고 삭제 사실은 문서로 기록해야 할 것이다.

벌칙조항과 관련하여서는 독일은 통지 금지 규정을 두고 있는데, 전기통신이 감청된 경우에 전기통신사업자나 그 관계자는 감청 사실을 다른 사람에게 알려서는 안되며 이를 위반할 경우에 벌칙조항을 마련하여 타인에게 감청 사실을 알린 사람은 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고 있다. 이에 우리나라의 경우도 타인에게 감청 사실을 알리는 경우 처벌규정을 마련할 필요가 있다.

한편, 감청 통제와 관련하여 독일은 감청 · 녹음조치는 '의회의 통제위원회'(Parlamentarisches Gremium)와 '제10조법 위원회[1262]'(G 10-Kommission)로 불리는 특별위원회의 통제를 받고 있는 것을 알 수 있다. 그리고 프랑스의 경우, 국가안보감청통제위원회(Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité)를 창설하여 국가안보에 관련되는 정보를 감독하고 있으며, 이러한 조치는 곧 프랑스를 보호하기 위하여, 통신으로 전달되는 서신에 대한 차단결정을 총리에게 의견(avis)

1262) 이에 대해서는, 이계수, "의회에 의한 비밀정보기관 통제방안에 관한 연구", 민주법학, 제24호, 2003, 254면 이하 참조.

을 표명할 수 있는 권한을 의미한다. 또한 영국은 JTAC에 대한 의회의 감독 이외에 오스트레일리아의 정보감찰관 제도[1263], 캐나다의 보안정보심사위원회 제도[1264] 등과 같이 의회를 통한 민주적 통제를 하고 있다.

독일의 법제도와 대응하여 현재 우리 통신비밀보호법상의 대화비밀감청은 이를 구분하고 있지 않아 법관의 자의적 판단이 개입할 개연성이 크다는 문제점이 제기될 수 있다. 더구나 '중요한 범죄'에 대해서는 전기통신감청, 암호통신감청, 통신사업자가 자신의 영업활동을 위해 저장하여 보관하는 통신사실확인자료의 수집이 가능하다. 여기서 '중요한 의미의 범죄'는 단순한 범죄와 중요한 범죄의 중간단계의 범죄로서 가상 기지국의 설치로 인한 휴대전화 위치파악, 비밀수사관의 투입 그리고 기술적 수단을 이용한 감시가 가능하다. 그러나 단순한 범죄에 대해서는 주로 공개처분으로 행해지는 압수 및 수색, 통신자료요청 등이 가능하며 이러한 비밀처분은 법관의 영장을 전제로 한다는 점이다.

결국 최종적으로 일정한 입법적인 대처가 필요하다는 결론 하에 그 전제로서는 영장주의와 강제처분 법정주의의 사정(射程) 범위가 확정될 필요가 있다. 그러기 위해서는 먼저 영장주의가 적용될 사안과 적법절차 원리에 의해 처리될 사안을 구별할 필요가 있다. 후자의 경우에는 법관유보적 접근을 강조하여, 전문적 지식과 경험을 보유한 사람들이 판단절차에 참여하거나 그 판단결과를 법관이 공정한 제3자로 인증하는 방식의 생각할 필요가 있다. 아울러 법관유보의 관점에서 새로운 수사방법 자체의 허용성에 대한 법관의 통제절차 도입에 대해서 검토할 필요가 있다고 사료된다.

마지막으로 '영장주의'와 '영장'제도는 구별될 수 있으므로, 사전 혹은 (긴급한 경우) 사후에 법관의 승인 내지 '영장'을 받도록 하는 절차를 마련할 수 있으므로, 이것이 반드시 '영장주의'와 결부되지 않을 수도 있기 때문에, 새로운 특별법 제정의 빈번한 상황은 영장주의보다는 법관 유보적 접근이 더 효과적이라고 판단된다. 이에'기본권

1263) 정보기관의 활동을 감독하기 위하여 1986년 도입된 감찰관은 "모든 기밀문서를 요구할 수 있고, 정보기관의 어떤 직원에게든 정보를 공개하도록 요구할 수 있는 권한을 가지며, 의회의 감사를 받는 연례보고서와 회계감사보고서를 열람할 수 있다."; 폴 토드/조너선 블로흐(이주영 역), 『조작된 공포』, 창비, 2005, 285면.

1264) 1984년에 설립된 보안정보심사위원회는 총리가 임명하는 5명의 위원(야당 추천 위원 포함)으로 구성되며, 정보기관이 보유하는 모든 정보에 접근할 수 있고, 행정명령을 심사하며, 영장기록을 조사할 수 있다. 조사결과는 법무부장관에게 보고한다. 폴 토드/조너선 블로흐(이주영 역), 『조작된 공포』, 창비, 2005, 286면.

의 예방적 보호를 위한 공정한 제3자의 통제'라는 법관유보적 아이디어를 반영하여 특별법 제정 시에 반드시 법률 자체에서 갖추어야 할 절차적 요건을 구체화하도록 요구해야 할 것이다.

따라서 과학기술의 발전을 이용하여 새로운 수사기법을 수사기관이 활용할 수 있도록 하되 새로운 수사기법으로 인한 기본권·인권 침해적 요소와 수사효용성 증진 등을 함께 고려하여 법원의 허가 기준을 정립하고 수사기관의 권한 남용 및 인권 침해적 요소를 방지할 수 있는 절차와 방안을 마련하는 것이 필요하다. 앞으로도 과학의 진보에 따른 새로운 수사방법이 나타나 인권 침해가 문제될 수 있는데, 그에 대한 해석은 수사당국에 맡길 것이 아니라 형사절차안의 새로운 입법을 통해 이를 규율해 나가는 것이 타당하다.

참고문헌

〈국내문헌〉

강승식, “절차적 적법절차의 본질에 관한 연구”, 미국헌법연구 제25권 제2호, 2014.

강태수, “의회민주주의와 헌법개정”, 공법연구 제42집 제1호, 2013.

권재원, “국제적 사이버 안보체제 구축 동향에 관한 소고”, 법학연구 제24권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2014.

김상겸, “검사의 영장청구에 관한 헌법적 연구”, 형사법의 신동향 제57호, 2017.

김상호, “체포제도의 문제점과 개선방안”, 저스티스 제89호, 한국법학원, 2006.

김선택, “국회입법권 회복과 형사사법제도 정상화를 위한 영장청구 검사 독점 헌법조항 폐지론”, 고려법학 제86권, 2017.

김선택, “영장청구주체 헌법규정의 해석론 및 개정론”, 공법연구 제38집 제2호, 한국공법학회, 2009.

김선택, “영장청구권 관련 헌법 규정 연구”, 고려대학교, 2008.

김영기, “디지털 증거의 진정성립부인과 증거능력 부여 방안”, 형사판례연구 제19권, 2011.

김용호·이대성, “실무상 디지털증거의 현장압수수색 문제점과 개선방안”, 한국정보통신학회논문지 제17권 제11호, 2013.

김일수·배종대·이상돈, “정보화 사회에 대비한 형사법적 대응”, 비교형사법연구 제3권 제2호, 2002.

김재선, “개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용여부에 관한 공법적 고찰-행정영장과 closely regulated industry 논의를 중심으로-”, 공법연구 제48집 제4호, 한국공법학회, 2020.

김종구, “과학기술의 발달과 영장주의의 적용범위 – 미연방대법원 판례의 변천과 관련하여”, 법학연구, 전북대학교 법학연구소, 2019.

김종구, “휴대전화 위치정보 수집과 영장주의에 관한 비교법적 고찰 –미연방대법원의 Carpenter v. United States(2018) 사례를 중심으로-”, 형사법의 신동향 통권

제60호, 대검찰청, 2018.
김종현, “영장신청권자 규정에 관한 헌법적 연구 – 영장주의의 본질 및 영장제도의 연혁을 중심으로-”, 법조 제68권 제4호(통권 제736호), 2019.
김종현, 『영장주의에 관한 헌법적 연구』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2019.
김택수·박노섭·이동희·최대현, “주요국 경찰의 수사실무상 강체처분 유형별 권한, 요건 및 절차에 관한 연구”, 2018 정책연구보고서, 치안정책연구소, 2018.
김하열, 『헌법강의』, 박영사, 2018.
김한균·윤해성 외, “첨단 과학수사 정책 및 포렌식 기법 종합발전방안 연구(Ⅰ)”, 한국형사정책연구원, 2018.
김한균·윤해성 외, “첨단 과학수사 정책 및 포렌식 기법 종합발전방안(Ⅱ)”, 한국형사정책연구원, 2019.
김해원, “헌법상 적법절차원칙과 영장주의 –문재인 정권의 공법적 과제와 관련하여-”, 공법학연구 제18권 제3호, 2017.
김혁, “제3자 보관 정보에 대한 압수·수색 영장의 집행과 적정절차”, 형사정책연구 제29권 제1호(통권 제113호), 2018.
김현우, “독일의 테러대책에 대한 검토”, 한국테러학회보 제11권 제3호, 2018.
남정아, “미국 연방헌법 수정증보 제4조의 압수 및 수색의 범위에 관한 고찰”, 서울법학 제27권 제3호, 2019.
도중진·정영훈, “검사의 영장청구권에 관한 소고”, 아주법학 제11권 제4호, 2018.
문성도, “영장주의의 도입과 형성에 관한 연구 – 1954년 형사소송법의 성립을 중심으로”, 서울대학교 대학원 법학과 법학박사학위논문, 2001.
문성도, “영장주의의 비교법적 고찰 -한국 헌법 제12조 제3항과 미연방헌법 수정 제4조의 규범적 특징을 중심으로-”, 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005.
문성도, “헌법상 영장 제시 조항의 문제점과 합리적 개선방안”, 경찰법연구 제16권 제1호, 한국경찰법학회, 2018.
문재완, “우리 헌법상 영장조항과 영장청구주체에 관한 연구”, 세계헌법연구 제19권 제1호, 2013.
문채규, “수사절차상 피의자의 청문권”, 법학연구 제49권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2008.
민만기, “인터넷 패킷감청의 법적 성격 및 허용 가능성 검토”, 형사법의 신동향 통권

제53호, 대검찰청, 2016.
민영성·박희영, “유럽사법재판소의 통신정보보관지침의 무효 판결과 그 시사점”, 법학연구 제56권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2015.
민영성·박희영, “통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여”, 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호), 한국형사정책연구원, 2017.
박노섭, “법관유보의 원칙에 따른 검사의 사법적 통제 비판”, 경찰법연구 제17권 제2호, 한국경찰법학회, 2019.
박상철, “기본권 보장강화를 위한 통신수사 개선방안 연구 : 통신비밀보호법 개정방향을 중심으로”, 성균관대학교 대학원 석사학위논문, 2020.
박용철, “컴퓨터 압수·수색의 문제점”, 형사법연구 제20권 제2호, 2008.
박찬걸, “군 영창제도의 문제점과 개선방안”, 홍익법학 제18권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2017.
박희영, “EU 통신데이터 보관지침을 전환한 회원국의 법제 동향”, 외국법제동향, 법제연구원, 2011.
박희영, “IMSI 및 IMEI와 휴대전화의 위치 확보의 합헌성 여부, -독일 연방헌법재판소의 IMSI-Catcher 의 설치에 대한 결정-”, 법제, 법제처, 2009.
박희영, “국가의 합법적인 해킹행위로서 온라인 수색에 관한 독일 법제 동향”, 최신외국법제정보 2019 제1호, 한국법제연구원, 2019.
박희영, “사이버그루밍(Cybergrooming) 미수 처벌에 관한 형법 개정 법률안 의결”, 최신독일법제동향, 로앤비, 2020.
박희영, “사이버범죄협약 이행입법 연구”, 대검찰청, 2015.
박희영, “수사 목적의 암호통신감청(Quellen TKU)의 허용과 한계”, 형사정책연구 제29권 제2호(통권 제114호), 2018.
박희영, “암호통신감청 및 온라인수색에서 부수처분의 허용과 한계”, 형사정책연구 제30권 제2호(통권 제118호) , 2019.
박희영, “유럽 공동체의 통신데이터의 보관에 관한 지침”, DIRECTIVE 2006/24/EC, 암호통신감청 및 온라인수색인터넷 법률, 법무부, 2008.
박희영, “이용대기상태의 휴대전화 위치정보 수사의 허용과 입법방향”, 형사정책연구 제31권 제2호, 2020.

박희영·최호진·최성진, “사이버범죄협약 이행입법 연구”, 대검찰청 연구용역보고서, 2015.

방희선, “검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(하)”, 법조 제62권 제2호, 법조협회, 2013.

법무부, 독일형법, 2008.

성문규, “헌법상 영장신청권과 인권과의 무관계성에 대한 고찰”, 저스티스 통권 제162권, 2017.

성빈, “안보사건 판례분석에 기초한 형사소송법 개선방안연구”, 형사법의 신동향 통권 제46호, 2015.

송시강·오병두, 권력분립의 관점에서 강제처분 제도개선 방안, 국회사무처, 2016.

신동운, 『(간추린)신형사소송법』제5판, 법문사, 2014.

신의기, “국제환경 변화에 따른 안보법제 정비방안”, 연구총서 16-AA-04, 한국형사정책연구원, 2016.

안미영, “우리 헌법상 검사의 영장신청권 조항의 의의”, 형사법의 신동향 통권 제24호, 2010.

안성수, 『형사소송법』, 박영사, 2009.

양근원, “형사절차상 디지털 증거의 수집과 증거능력에 관한 연구”, 경희대학교 박사학위 논문, 2006.

유진오, 『신고헌법해의』, 일조각, 1959.

윤신자·이상진, “전자정보의 압수・수색절차 개선방안 연구 : 국가안보사건을 중심으로”, 경찰학연구 제13권 제4호(통권 제36호), 2013.

윤영미, “절차적 적법절차의 적용대상”, 법학논총 제24권 제2호, 2007.

윤해성, “안보형사 법제도 고찰”, 대한민국 안보 형사법제 개선을 위한 대토론회, 2015.

윤해성·라광현, “유럽평의회 사이버범죄방지협약 가입의 효과 및 문제점에 대한 실증적 연구”, 대검찰청 용역과제, 2019.

윤해성·윤민우 외, “사이버 테러의 동향과 대응 방안에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2012.

이계수, “의회에 의한 비밀정보기관 통제방안에 관한 연구”, 민주법학 제24호, 2003.

이기수, “수사목적 통신자료 이용의 영장주의 적용 검토”, 형사법연구 제29권 제1호, 한국형사법학회, 2017.

이상수, “압수·수색에서 영장제도에 관한 한국과 미국의 비교법적 검토”, 법학논총 제39권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2019.
이상원, “전자영장제도의 도입방안에 관한 연구”, 2012 법무부 용역과제, 2012.
이석연, “헌법재판과 형사소송”, 헌법논총 9집, 1998.
이성기, “미국의 체포·수색·압수제도의 이해 -위법수집증거배제법칙과 명확성 원칙의 관점에서-”, 경찰학연구 제11권 제1호, 경찰대학 경찰학연구편집위원회, 2011.
이순옥, “디지털 증거의 압수·수색절차에 대한 비판적 고찰”, 중앙법학 제20집 제3호, 2018.
이영준·정완·금봉수, “사이버범죄방협약에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2001.
이완규, “수사기관의 긴급처분과 영장주의 -긴급체포제도를 중심으로-”, 형사법과 헌법이념, 박영사, 2007.
이완규, “헌법상 영장주의 규정의 체계와 적용범위”, 형사판례연구 제25권, 한국형사판례연구회, 2017.
이완규, 『형사소송법특강-이념과 현실의 균형을 위한 모색-』, 법문사, 2006.
이은모, 『형사소송법』4판, 박영사, 2014.
이재상·조균석, 『형사소송법』제10판 보정판, 박영사, 2016.
이효원, “대한민국 헌법과 검찰·검사 –인신구속제도의 헌법적 원리를 중심으로-”, 형사법의 신동향 통권 제17호, 2008.
임동규, 『형사소송법』제11판, 법문사, 2015.
임준태, “미국 등 형사소송법상 영장발부절차의 시사점 –Telewarrant (전화이용 영장) 발부 절차를 중심으로- ”, 한국공안행정학회보 제54호, 2014.
임철희, “기본권침해적 수사와 법관유보 - 무능과 월권?”, 형사법연구 제31권 제1호, 한국형사법학회, 2019.
정대용, “디지털 증거 수집을 위한 온라인 수색의 허용가능성에 관한 연구”, 디지털포렌식연구 제12권 제1호, 2018.
정성민, “형사 전자소송의 바람직한 발전방향”, 사법정책연구원, 2020.
정웅석, “헌법상 검사의 영장청구의 의미와 가치에 관한 연구”, 형사소송 이론과 실무 제9권 제2호, 2017.
정재준, “국제 사이버범죄에 대한 대응방안: 부다페스트(Budapest) 조약 10년의 성과와

반성", 형사법의 신동향 통권 제39호, 2013.
정종섭, 『헌법학원론』제12판, 박영사, 2018.
정지혜, "과학기술 발전에 따른 현대형 수사방법의 필요성과 적법성-GPS 수사에 대한 일본 최고재판소 판례 분석을 통한 시사-", 형사법의 신동향 통권 제57호, 2017.
정혜욱, "인터넷 회선 감청", 형사소송 이론과 실무 제10권 제2호, 2018.
정희도, "영국 수사기관의 전자우편 취득절차 및 한계", 국외훈련검사 연구논문집 제26집, 2011.
조재빈, "미국의 영장제도와 수사활동", 국회훈련검사 연구논문집Ⅰ, 2012.
차진아, "범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공요청의 문제점과 개선방안", 법조 제67권 제2호, 법조협회, 2018.
차진아, "통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항 등의 합헌성 여부에 대한 검토 -헌재 2012헌마191 등 헌법소원청구 사건에 대한 검토를 중심으로-", 법조 제66권 제4호, 법조협회, 2017.
천관영, "독일의 디지털 증거 증거능력 입증절차에 관한 연구", 국외훈련검사 연수논문집 제26집, 2011.
천진호, "영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토", 법학논고, 제26집, 2007.
최두헌, "미국의 국내 테러(Domestic Terror) 범죄 수사실무 및 관련 법제에 관한 연구", 국외훈련검사 연구논문집(Ⅱ), 법무연수원, 2016.
최성필, "독일의 디지털 증거 증거능력 입증절차에 관한 연구", 국외훈련검사 연수논문집 제26집, 2011.
최종혁, "사이버범죄 수사와 증거수집 실무에 대한 검토", 비교형사법연구 제19권 제4호, 2018.
최창수, "미국의 통신자료요청제도에 관한 입법례", 입법현안 법률정보 제48호, 국회도서관, 2015.
하태인, "수사기관의 무영장체포와 영장주의의 실질적 의미", 법학논문집 제35집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2011.
하태훈·이근우, "영장제도의 현황 및 개선방안 연구", 국가인권위원회 연구용역보고서, 2013.
한수웅, 『헌법학』제10판, 법문사, 2020.

한희원, “미국 국가정보업무의 법적 성격에 관한 고찰: 미국 정보공동체에서의 법적 논의와 법규범의 교훈을 중심으로”, 국가정보연구 제4권 제2호, 2012.

한희원, “변모하는 안보환경에 따른 국가안보체계 혁신에 대한 법규범적 연구”, 형사법의 신동향, 2015.

황성기, “현행 통신비밀 보호법제의 헌법적 문제점”, 언론과 법 제14권 제1호, 2015.

황정인, “영장주의의 본질과 영장제도-체포제도를 중심으로-”, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010.

〈국외문헌〉

- 영미법계

Alan Travis Home affairs. "'Snooper's charter' bill becomes law, extending UK state surveillance". The Guardian. Retrieved 2016.

Board, Editorial (October 8, 2017). "Opinion | This surveillance law needs reauthorizing and tightening, too". Washington Post. ISSN 0190-8286. Retrieved May 5, 2018.

Brand, Rachel (December 14, 2017). "Opinion | The government's ability to fight terrorism is in peril". Washington Post. ISSN 0190-8286. Retrieved May 5, 2018.

Bureau of Prisons, Inmate Locator, Robert P. Hanssen, (http://www.bop.gov/iloc2/LocateInmate.jsp).

Burgess, Matt. "Snooper's Charter is set to become law: how the Investigatory Powers Bill will affect you". WIRED UK. Retrieved 2016. 11. 27; "The list of organisations that will be allowed to view your entire internet history".

Burgess, Matt. "Snooper's Charter is set to become law: how the Investigatory Powers Bill will affect you". WIRED UK. Retrieved 2016. 11. 27; "The list of organisations that will be allowed to view your entire internet history".

Clarke, Richard A., Liberty and Security in a Changing World: Report and

Recommendations of The President's Review Group on Intelligence and Communications Technologies, 2013.

Cybercrime Convention Committee (T-CY), T-CY assessment report: The mutual legal assistance provisions of the Budapest Convention on.

Edward Wells. (2019),"GET A WARRANT: BALANCING INDIVIDUALPRIVACY RIGHTS AGAINST GOVERNMENTAL INTERESTS THROUGHTEXTALYZER TECHNOLOGY", University of Illinois Journal of Law,Technology and Policy 515.

Emma Kohse (January 18, 2018). "FISA: 702 Collection - Summary: The FISA Amendments Reauthorization Act of 2017". Lawfare. Archived from the original on November 22, 2018. Retrieved May 5, 2018.; "Text - S.139 - 115th Congress (2017-2018): FISA Amendments Reauthorization Act of 2017". Congress.gov. Library of Congress. December 1, 2017. Retrieved September 27, 2019.

EPIC(https://epic.org/privacy/surveillance/fisa/#Overview, 최종검색 2019.11.20.)

Factsheet – Authorisation" (PDF). Home Office. 4 November 2015. Retrieved 15 November 2015.

Factsheet – Bill Definitions" (PDF). Home Office. 4 November 2015. Retrieved 15 November 2015.

Factsheet – Bulk Interception" (PDF). Home Office. 4 November 2015. Retrieved 15 November 2015;

Factsheet – Bulk Personal Datasets" (PDF). Home Office. 4 November 2015. Retrieved 15 November 2015.

Factsheet – Communications Data" (PDF). Home Office. 4 November 2015. Retrieved 15 November 2015.

Factsheet – Oversight" (PDF). Home Office. 4 November 2015. Retrieved 15 November 2015; "Factsheet – Investigatory Powers Commission" (PDF). Home Office. 4 November 2015. Retrieved 15 November 2015.

Factsheet – Targeted Interception" (PDF). Home Office. 4 November 2015. Retrieved 15 November 2015; "Factsheet – Bulk Communications Data"

(PDF). Home Office. 4 November 2015. Retrieved 15 November 2015;

Griffin, Andrew (1 March 2016). "UK spying laws: Government introduces law requiring WhatsApp and iMessage to break their own security". The Independent. Independent Print Limited. Retrieved 2016.

Hatch, Orrin (January 19, 2018). "Text - S.139 - 115th Congress (2017-2018): An Act to amend the Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 to improve foreign intelligence collection and the safeguards, accountability, and oversight of acquisitions of foreign intelligence, to extend title VII of such Act, and for other purposes". Retrieved May 5, 2018.

Hatch, Orrin (January 19, 2018). "Text - S.139 - 115th Congress (2017-2018): An Act to amend the Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 to improve foreign intelligence collection and the safeguards, accountability, and oversight of acquisitions of foreign intelligence, to extend title VII of such Act, and for other purposes". Retrieved May 5, 2018.

Hatch, Orrin (January 19, 2018). "Text. S.139. 115th Congress (2017-2018): An Act to amend the Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 to improve foreign intelligence collection and the safeguards, accountability, and oversight of acquisitions of foreign intelligence, to extend title VII of such Act, and for other purposes". Retrieved May 5, 2018.

Mark Gregory, South Korea network attack 'a computer virus', BBC 20 March 2013.

Mark Gregory, South Korea network attack 'a computer virus', BBC 20 March 2013.

Michael A. Vatis, “The Council of Europe Convention on Cybercrime”, Proceedings of a Workshop on Deterring Cyberattacks, 2010.

ODNI, Statistical Transparency Report: Regarding Use of National Security Authorities, 2017.

Paul Todd/Jonathan Bloch, 『조작된 공포』, 창비, 2005.

Ratnam, Gopal; Ratnam, Gopal (September 11, 2017). "Congress Braces for Tense Debate on Surveillance Law". Roll Call. Retrieved May 5, 2018.

Ratnam, Gopal; Ratnam, Gopal (September 11, 2017). "Congress Braces for Tense Debate on Surveillance Law". Roll Call. Retrieved May 5, 2018.
Ratnam, Gopal; Ratnam, Gopal (September 11, 2017). "Congress Braces for Tense Debate on Surveillance Law". Roll Call. Retrieved May 5, 2018.
Savage, Charlie (May 6, 2017). "Fight Brews Over Push to Shield Americans in Warrantless Surveillance". The New York Times. ISSN 0362-4331. Retrieved May 5, 2018.
Savage, Charlie (May 6, 2017). "Fight Brews Over Push to Shield Americans in Warrantless Surveillance". The New York Times. ISSN 0362-4331. Retrieved May 5, 2018.
Savage, Charlie (May 6, 2017). "Fight Brews Over Push to Shield Americans in Warrantless Surveillance". The New York Times. ISSN 0362-4331. Retrieved May 5, 2018.
Savage, Charlie (September 12, 2017). "Lawmakers Want Limits on Wiretaps Despite Trump Administration Objections". The New York Times. ISSN 0362-4331. Retrieved May 5, 2018; Nakashima, Ellen (October 4, 2017). "Bipartisan group of lawmakers seeks to impose new curb on U.S. government spy power". Washington Post. ISSN 0190-8286. Retrieved May 5, 2018.

Seger & Schulman, “Cybercrime and e-evidence: Update on current challenges and the COE response”, 2018.
Seger & Schulman, “Cybercrime and e-evidence: Update on current challenges and the COE response”, 2018.
Surveillance Q&A: what web data is affected – and how to foil the snoopers". The Guardian. 4 November 2015. Retrieved 15 November 2015.

The Council on Economic Advisers. “The Cost of Malicious Cyber Activity to the U.S. Economy,” United States White House, 2018.
The Council on Economic Advisers. “The Cost of Malicious Cyber Activity to the U.S. Economy,” United States White House, 2018.
The Independent. 2016. 11. 24. Retrieved 2016. 11. 27; "Investigatory Powers

Bill-Schedule 4- Relevant public authorities and designated senior officers" (PDF). www.parliament.uk. Parliament.

The Independent. 2016. 11. 24. Retrieved 2016. 11. 27; "Investigatory Powers Bill-Schedule 4- Relevant public authorities and designated senior officers" (PDF). www.parliament.uk. Parliament.

Third Way, “To Catch a Hacker: Toward a comprehensive strategy to identity, pursue, and punish malicious cyber actors”, 2018.

Third Way, “To Catch a Hacker: Toward a comprehensive strategy to identity, pursue, and punish malicious cyber actors”, 2018.

UK surveillance powers explained". BBC. 5 November 2015. Retrieved 9 November 2015; "Details of UK website visits 'to be stored for year'". BBC. 4 November 2015. Retrieved 10 November 2015;

UK unveils powers to spy on web use, raising privacy fears". Reuters. 5 November 2015. Retrieved 10 November 2015;"Investigatory powers bill: the key points". The Guardian. 4 November 2015. Retrieved 10 November 2015;

Volz, Dustin (January 20, 2018). "Trump signs bill renewing NSA's internet surveillance program". Reuters. Retrieved June 27, 2019.; Matishak, Martin (January 17, 2019). "Trump signs surveillance extension into law". Politico. Retrieved June 27, 2019.; Haynes, Danielle. "Trump signs FISA law amid speculation over intelligence memo". UPI. Retrieved June 27, 2019.

Warwick Ashford (17 November 2016). "Investigatory Powers Bill looks set to become law". computerweekly.com. Retrieved 2016.

- 독일

Albrecht, Hans-Jörg / Dorsch, Claudia / Krüpe, Christiane: Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100, a, b StPO und andere verdeckter Ermittlungsmaßnahmen - Eine rechtstat sächliche Untersuchung im Auftrag des Bundesmimsteriums der Justiz, Freiburg, 2003 (Zit.: Albrecht/Dorsch/Krüpe, Rechtswirklichkeit und Effi

zienz der Überwachung der Telekommunikation).

Amelung, Knut, Die Entscheidung des BVerfG zur „Gefahr im Verzug“ i. S. des Art. 13 II GG, in: NStZ 2001, S. 337-343.

Amelung, Knut, Die Entscheidung des BVerfG zur „Gefahr im Verzug“ iS Art. 13 II GG, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2001.

Amelung, Knut/Mittag, Matthias, Beweislastumkehr bei Haussuchungen ohne rich terliche Anordnung gemäß § 105 StPO, NStZ 2005, 614-617.

Asbrock, Bernd, Der Richtervorbehalt – prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster?, in: ZRP 1998, S. 17-19.

Aschmann, Tjark Erich, Der Richtervorbehalt im deutschen Polizeirecht, 1999 (zit.: Aschmann, Richtervorbehalt im dt. Polizeirecht).

Backes, Otto/ Gusy, Christoph, Wer kontrolliert die Telefonüberwachung? - Eine empirische Untersuchung von Richtervorbehalten bei Telefonüberwachu ngen 2003, 249-252.

Backes, Otto/Gusy, Christoph/Begemann, Maik/Doka, Siiri/Finke, Anja: Wirksam keitsbedingungen bei Richtervorbehalten bei Telefonüberwachungen; Ku rzfassung des Abschlussberichts zum Forschungsprojekt, Bielefeld, 2002 (Zit.: Backes/Gusy/Begemann/Doka/Finke, Wirksamkeitsbedingungen von Richtervorbehalten bei Telefonüberwachungen).

BeckOK GVG/Huber, 8. Ed. 1.8.2020, GVG § 143.

BeckOK StPO/Bär, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 101a.

BeckOK StPO/Graf, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100b, § 100d, § 100j.

BeckOK StPO/Hegmann, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 100c, § 100f, § 100h, § 101.

BeckOK StPO/Sackreuther, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 161.

BeckOK StPO/Valerius, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 32.

BeckOK StPO/von Häfen, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 163f.

Beichel, Stephan; Kieninger, Jörg, „Gefahr im Verzug“ auf Grund Selbstausschaltung

Benfer, Jost, Anordnung von Grundrechtseingriffen durch Richter und Staatsanwa lt und die Verpflichtung zum Vollzug, NJW 1981, 1245 – 1247.

Benfer, Jost, Die Haussuchung im Strafprozess, Bochum 1980 (zit.: Benfer, Die

Haussuchung im Strafprozess).

Beulke, Werner, Strafprozessrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2004 (zit.: Beulke, Strafpro zessrecht).

Bittermann, Folker, Gefahr im Verzug - Anmerkung zum Urteil des BVerfü, wistra 2001,137 ff. - wistra 2001, 451 -456.

Bode, Thomas, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2012 (zit.: Bo de, Ermittlungsmaßnahmen).

Brüning, Janique, Der Richtervorbehalt – ein zahnloser Tiger?, in: ZIS 2006, S. 29-35.

Brüning, Janique, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2005 (zit.: Brüning, Richtervorbehalt).

Brüning, Janique, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Nomos, 2005.

Burkhard Schröder & Claudia Schröder, Die Online-Durchsuchung: Rechtliche Grundlagen, Technik, Medienecho, 2008.

Dagtoglou, Prodromos: Das Grundrecht der Unverletzbarkeit der Wohnung (Art. 13 GG); In: JuS 1975, 753-761 (zit.: Dagtoglou, JuS 1975, 753).

des erreichbaren, jedoch „unwilligen“ Bereitschaftsrichters?, in: NStZ 2003, S. 10-13.

Deutscher Richterbund, Zum Verhältnis Staatsanwaltschaft/ Polizei - ein Thesenp apier des DRB, DRiZ 1993,448.

Durchsuchungen und Beschlagnahmen, NJW 2001, 1393 - 1396.

Duttge, Gunnar: Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafprozessrecht. Baden-Baden, 1995 (zit.: Duttge, Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafproz essrecht).

Edward F. Marek, Telephonic Search Warrants: A New Equation for Exigent Circu mstances, 27 Clev. St. L. Rev. 35, 36, 1978.

Einmahl, Matthias, Gefahr im Verzug und Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters bei

Epping, Volker, Kapitel 1: Geschichte, Funktionen und Quellen der Grundrechte, Grundrechte. Springer, Berlin, Heidelberg, 2019.

G. R. C. Davis, Magna Carta, Revised Edition, British Library, 1989.

Geppert, Klaus, Zum „fair-trail-Prinzip“ nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Jura 1992, 597 – 604.

Gerrit Hornung, ‘Ein neues Grundrecht – Der verfassungsrechtliche Schutz der„ Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“’, in: CR, 2008.

Gerson, StraFo 2017, 402 ff.; Kassebohm, StraFo 2017.

Grundrechtsschutz - Zur Psychologie der Entscheidungstätigkeit des Ermittlungsri chters-, StV 2003.

Gusy, Christoph, Grundgesetzliche Anforderungen an Durchsuchungsbeschlüsse iSd Art. 13 II GG,Neue zeitschrift für strafrecht 30.7, 2010.

Gusy, Christoph, Rechtsgrundlagen der Richtervorbehalte nach § 100b StPO, in: GA 2003, S. 672-692.

Gusy, Christoph, Rechtsgrundlagen der Richtervorbehalte nach § 100b StPO. Golt dammer's Archiv für Strafrecht (GA), 2003.

Hamm, Rainer, Der Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden und der Anspruch auf ein faires Verfahren, StV 2001, 81 –85.

Helmken, Dierk, Reform des Richtervorbehalts: Vom Palliativum zum effektiven

Hilger, Hans, Über den „Richtervorbehalt“ im Ermittlungsverfahren, in: JR 1990, S. 485-489.

Hilger, Hans: Über verfassungs- und strafverfahrensrechtliche Probleme bei geset zlichen Regelungen grundrechtsrelevanter strafprozessualer Ermittlungs maßnahmen; In: Festschrift für Hannskarl Saiger; Hrsg, von Albin Eser, Hans Josef Kullmann, Lutz Meyer-Goßner, Walter Odersky und Rainer Voss, Köln, Berlin u.a. 1995; S. 319-336 (zit: Hilger in: FS-Saiger).

Howard Gillman·Mark A. Graber·Keith E. Whittington , AMERICAN CONSTITUTI ONALISM VOLUME II: RIGHTS AND LIBERTIES, 2016.

Hüls, Silke, Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen, in: ZIS 2009, S. 160-169.

Hüls, Silke, Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit. Machtzuwachs

und Kontrollverlust, 2007 (zit.: Hüls, Ermittlungstätigkeit).

Johannes Rux, 'Ausforschung privater Rechner durch die Polizei- und Sicherheits behörden: Rechtsfragen der Online-Durchsuchung', in: JZ, 2007.

Kintzi, Heinrich: Die Tätigkeit des Ermittlungsrichters im Ermittlungsverfahren und Richtervorbehalt; In: DRiZ 2004, 83-88 (zit.: Kintzi, DRiZ 2004, 83).

Kissel/Mayer, GVG, 9. Aufl. 2018, § 21 e.

KK-StPO/Bruns, 8. Aufl. 2019, StPO § 100d, § 101.

KK-StPO/Greven, 8. Aufl. 2019, StPO § 98.

KK-StPO/Mayer, 8. Aufl. 2019, GVG § 143 Rn. 6.

Koller, Christoph, Die Staatsanwaltschaft - Organ der Judikative oder Exekutivbe hörde? Die Stellung der Anklagebehörde und die Gewaltenteilung des Grundgesetzes, Frankfurt a.M. 1997 (zit.: Koller, Staatsanwaltschaft).

Krehl, Christoph, Gefahr im Verzug, Konsequenzen aus dem Urteil des Bundesver fassungsgerichts vom 20.2.2001, JR 2001, 491-495.

Krehl, Christoph, Richtervorbehalt und Durchsuchungen außerhalb gewöhnlicher Dienstzeiten, in: NStZ 2003, S. 461-464.

Krehl, Christoph, Richtervorbehalt und Durchsuchungen außerhalb gewöhnlicher Dienstzeiten, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2003.

Krey, Volker/Reiche, Philipp, Wider die Überdehnung von Richtervorbehalt und richterlichem Bereitschaftsdienst. - Zugleich ein Beitrag zur Problematik der Entnahme von Blutproben (§ 81 aAbs. 1 und 2 StPO)- In: Festschrift für Meinhard Schröder, S.687 ff., Berlin, 2012 (zit: Krey/Reiche, Richterv orbehalt und richterlichem Bereitschaftsdienst)

Kruis, Konrad/Wehowsky, Ralf: Verfassungsgerichtliche Leitlinien zur Wohnungs durchsuchung; In: NJW 1999, 682-685 (zit.: Kruis/Wehowsky, NJW 1999, 683).

Kutscha, Martin, Rechtsschutzdefizite bei Grundrechtseingriffen von Sicherheitsb ehörden,Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 2003.

Landau, Herbert / Sander, Günther M.: Ermittlungsrichterliche Entscheidungen und ihre Revisibilität; In: StraFO 1998, 397-402 (zit.: Latidau/Sander, Stra

FO 1998, 397).

Laura K. Donohue "The Original Fourth Amendment", The University of Chicago Law Review, Vol. 83, Iss. 3, 2016.

Lepsius, Oliver, Die Unverletzlichkeit der Wohnung bei Gefahr im Verzug, JURA (4) , 2002.

Lilie, Hans, Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfa hren, ZStW 106 (1994), 625 - 643.

Lilie, Hans, Verwicklungen im Ermittlungsverfahren, Überlegungen zur Stellung der

Lin, Yu-hsiung, Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grund rechtseingriffe, 1998 (zit.: Lin, Richtervorbehalt).

Lin, Yu-hsiung, Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grund rechtseingriffe. Lang, 1998.

Lorenz, Dieter, Das Gebot effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG, Jura 1983, 393-400.

Malte Rabe von Kühlewein, Der Richtervorbehalt im Polizei-und Strafprozessrecht. Lang, 2001.

Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, 7. Aufl,, GG Art. 104, 2018.

Martin Kutscha, 'Verdeckte „Online-Durchsuchung" und Unverletzlichkeit der Wo hnung', in: NJW 2007.

Max-Emanuel Geis, 'Der Kernbereich des Personlichkeitsrechts', in: JZ, 1991.

Michael Bohlander, Principles of German Criminal Procedure, Oxford: Hart Publi shng, 2012.

Möllers, Christoph, Gefahr im Verzug - Die Unverletzlichkeit der Wohnung vor vermeintlichen Sachzwängen der Strafverfolgung; In: NJW 2001, 1397-13 98 (zit: Möllers, NJW 2001, 1397).

MüKoStPO/Kölbel, 1. Aufl. 2016, StPO § 165.

Müller, Egon, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren, NJW 1976, 1063-1067.

Nelles, Ursula, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordn ung. Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs „Gefahr im Verz

ug“ im Strafverfahrensrecht, 1980 (zit.: Nelles, Kompetenzen und Ausnah mekompetenzen).

Oliver Lepsius, ‘Das Computer-Grundrecht: Herleitung-Funktion-Überzeugungsk raft’, in: Frederik Roggan (Hrsg.), Online-Durchsuchungen - Rechtliche und tatsächliche Konsequenzen des BverfG-Urteils vom 27, 2008.

Ollinger, Thomas. Die Entwicklung des Richtervorbehalts im Verhaftungsrecht: von den Anfängen bis zur Paulskirchenverfassung. Duncker & Humblot, 1997.

Ostendorf Heribert, Europol - ohne Rechtskontrolle, NJW 1997, 3418 – 3420.

Ostendorf, Heribert; Brüning, Janique, Die gerichtliche Überprüfbarkeit der Vora ussetzungen von „Gefahr im Verzug“ – BVerfG, NJW 2001, 1121, in: JuS 2001, S. 1063-1067.

Ottow, Sabine, Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren und nach dem Poliz eirecht : die Einwirkungen des europäischen Rechts auf das deutsche Strafverfahren, Duncker & Humblot, 2014.

Park, Tido, Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, in: StraFo 2001, S. 159-161.

Park, Tido, Handbuch - Durchsuchung und Beschlagnahme mit Sonderteil zur Unternehmensdurchsuchung, München 2002 (zit.: Park, Durchsuchung und Beschlagnahme).

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard: Grundrechte – Staatsrecht II. 27. Auflage. Heide lberg, 2011 (zit.: Pieroth/Schlink, Grundrechte).

Prechtel, Günter, Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsver fahren, insbesondere der Bedeutung des § 162 StPO, 1995 (zit.: Prechtel, Verhältnis).

Rabe von Kühlewein, Die Nachtruhe des Ermittlungsrichters, Besprechung des Beschlusses des Zweiten Senats des BVerfG vom 12.3.2019 – 2 BvR 675/14 – (= NJW 2019, 1428 ff. mAnm Krumm), NStZ 2019, 501-508.

Rabe von Kühlewein, Malte, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 16.06.2015

– 2 BvR 2718/10, 2 BvR 1849/11, 2 BvR 2808/11, in: NStZ 2015, S. 618-625.

Rabe von Kühlewein, Malte, Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht, 2000 (zit.: Rabe v. Kühlewein, Richtervorbehalt).

Radtke, Henning, Grob fehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug, Anmerkung zum OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.6.2016 — III-3 RVs 46/16, NStZ 2017, 177-182.

recht).

Roggenfelder, Thomas, Staatsanwalt und Richter als Wächter des Gesetzes gegenüber der Polizei im strafprozessualen Ermittlungsverfahren, 2013, (zit.: Roggenfelder, Staatsanwalt und Richter).

Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., München 1998 (zit: Roxin, Strafverfahrensrecht).

Roxin, Claus, Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute, DRiZ 1997, 109-121.

Rüping, Hinrich, Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei - Zum Problem der Einheit der Strafverfolgung, ZStW 95 (1983), 894 – 917.

Rüping, Hinrich, Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Deutschland, GA 1992, 147.

Sandermann, Almut, „Waffengleichheit“ im Strafprozeß - Zu den rechtlichen Grundlagen dieses Rechtsinstituts, Köln 1975 (zit.: Sandermann, Waffengleichheit im Strafprozeß).

Schenke, Wolf-Rüdiger, Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, JZ 1988, 317 – 326.

Schlothauer, Reinhold: Ermittlungsrichterliche Entscheidungen und ihre Revisibilität; In: StraFO 1998, 402-408 (Zitiert: Schlothauer, StraFO 1998, 402).

Schnarr, Karl Heinz, Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatsanwaltschaftlicher Eilanordnung und richterlicher Bestätigung, in: NStZ 1991, S. 209-216.

Schröder, Lars-Hendrick, Das verwaltungsrechtlich organisatorische Verhältnis der

Schünemann, Bernd, Polizei und Staatsanwaltschaft - Die deutsche Polizei als Gehilfe der Staatsanwaltschaft: Struktur, Organisation und Tätigkeiten,

Kriminalistik 1999, 74-79, 146-152.

Senge, Lothar, Strafverfahrensänderungsgesetz - DNA-Analyse, NJW 1997, 2409 - 2412.

Silke Hüls(2009), Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen, ZIS 4/2009.

Singelnstein, Tobias: Rechtsschutz gegen heimliche Ermittlungsmaßnahmen nach Einführung des § 101 VII 2-4 StPO. NStZ, 2009, 481 (zit.: Singelnstein, NStZ 2009).

SSW-StPO/Ziegler, 4. Aufl. 2020, § 162.

Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, ZStW 111 (1999), 807 – 826.

Stadler, Thomas, Der Richtervorbehalt – ein stumpfes Schwert oder ein rechtsstaa tlich gebotenes Instrument?, in: ZRP 2013, S. 179-180.

Störmer, Rainer, Beurteilungsspielräume im Strafverfahren, in: ZStW 1996, S. 494 -524.

strafVerfolgenden Polizei zur Staatsanwaltschaft, Frankfurt a.M. 1995 (zit: Schröd er, Verhältnis von Polizei zur Staatsanwaltschaft).

Talaska, Claudia Elisabeth, Der Richtervorbehalt. Ein sinnvolles Instrument des Grundrechtsschutzes?, 2007 (zit.: Talaska, Richtervorbehalt).

Talaska, Claudia Elisabeth, Der Richtervorbehalt: ein sinnvolles Element des Grun drechtsschutzes?, Kovač, 2007.

Talaska, Claudia Elisabeth, Kovač, 2007.

Tettinger, Peter J., Fairneß und Waffengleichheit, Rechtsstaatliche Direktiven für Prozeß und Verwaltungsverfahren, München 1984 (zit.: Tettinger, Fairneß und Waffengleichheit).

Volk, Klaus, Strafprozeßrecht, 3. Auflage, München 2002 (zit.: Volk, Strafprozeß -

Voßkuhle, Andreas, Der präventive Richtervorbehalt – „Königsweg“ für den präve ntiven Grundrechtsschutz oder „rechtsstaatliches Trostpflaster“?, in: App el, Ivo; Hermes, Georg; Schönberger, Christoph (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat. Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, 2011, S. 443-460 (zit.: Voßkuhle, in: FS Wahl).

Voßkuhle, Andreas, Rechtsschutz gegen den Richter - Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, München 1993 (zit.: Voßkuhle, Rechtsschutz)

Weiler, Edgar, Irreparable Verletzung des Rechts des Beschuldigten auf ein faires rechtsstaatliches Strafverfahren als Verfahrenshindemis, GA 1994, 561 - 587.

William Cuddihy and B. Carmon Hardy, A Man's House Was Not His Castle: Origin s of the Fourth Amendment to the United States Constitution, The Willia m and Mary QuarterlyVol. 37, No. 3, 1980.

William J. Stuntz, Warrants and Fourth Amendment Remedies, 77 Va. L. Rev. 881, 882, 1991.

Wüsteney, Matthias, Rechtliche Zulässigkeit sogenannter DNA-Massentests zur Ermittlung des Täters einer Straftat, 2003 (zit.: Wüsteney, Rechtliche Zulä ssigkeit).

Zimmer, Gerhard, Funktion - Kompetenz - Legitimation, Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes, Staatsfunktionen als gegliederte Wirk- und Verantwortungsbereiche - Zu einer verfassungsgemäßen Funktions- und Interpretationslehre, Berlin 1979(zit.: Zimmer, Funktion).

- 일본

高田 卓爾,「注解刑事訴訟法·全訂新版」, 青林書院新社, 1987.

堀江慎司,「令状主義」, 法学教室, 268号, 2003.

美東洋,「刑事訴訟法」, 有斐閣, 2001.

白取祐司,「捜査官の欺周による「承諾」と手続の適正」, 内田文昭先生古希祝賀論文集, 青林書院, 2002.

三井誠,「刑事手続法(1)·新版」, 有斐閣, 1997.

石川雅俊,「アメリカにおける令状の電子化と証拠排除」, 青山法学論集, 第60巻 4号, 2019.

松代剛枝, 「捜索差押令状執行に伴う家宅立入一所調「来訪来意告知 (knock and announcement) 要請」について」, 法学 62巻 6号, 1998.

松尾監,「条解刑事訴訟法·第三版」, 弘文堂, 2003.
松本和彦,「基本権の保障と論証作法(三) - ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決を素材にして」, 阪大法学, 第45巻 第5号, 1995.
辻本 典央,「捜索差押令状の呈示のない住宅への立入 -最決平成14年10月4日 刑集56巻8号507頁-」, Law review of Kinki University(近畿大学法学部) 53(1), 2007.
辻本 典央,「捜索差押令状の呈示のない住宅への立入 -最決平成14年10月4日」, 刑集, 56巻8号, Law review of Kinki University(近畿大学法学部), 2005.
岩下雅充,「捜索令状・差押え令状の呈示：事前呈示の原則とその例外との関係」, 京都学園法学, 第3号, 2010.
鴨良弼,「令状主義」, 法学教室 (旧) 7号, 1963.
野野龍一,「刑事訴訟法」, 有斐閣, 1958.
前田雅英,「令状執行のための留め置き行為の適法性」, 警論, 64巻5号, 2011.
井上正仁「令状主義の形成過程」司法研修所論集・創立50周年記念特集 号3巻, 1997.
井上正仁「捜査手段としての通信·会話 の傍受」, 有斐閣, 1997.
佐々木真郎,「令状呈示前の執行」, 別冊判例タイムズ, 10号, 1985.
丸橋昌太郎,「令状主義における司法審査の意義ーイギリス捜査法 (逮捕・捜索) における令状主義の分析を通じて」, 法学会雑誌, 46巻 1号, 2005.
後藤昭,「捜査法の論理」, 岩波書店, 2001.

〈기타 자료〉

(Argued Nov. 9, 1982. Decided May 16, 1983).
Bennett Capersa1aa1, Florida Law Review(2017), "POLICING, TECHNOLOGY, AND DOCTRINAL ASSISTS"
BMI(https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/gesetztestexte/Terroris)
Federal Rules of Criminal Procedure. (2011), Rule 4.1 Complaint, Warrant, or Summons by Telephone or Other Reliable Electronic Means.
MI5(https://www.mi5.gov.uk/bulk-data, 2017. 12. 20.)
N.J.S.A. 2A : 156A-1이하 (뉴저지주 감청 및 전자감시통제법령).
Source: ODNI, Statistical Transparency Report: Regarding Use of National

Security Authorities, 2017.

Source: ODNI, Statistical Transparency Report: Regarding Use of National Security Authorities, 2017.

Supreme Court of New Jersey, 193 N.J. 528, STATE, STATE of New Jersey, Plaintiff-Appellant v. Andre JOHNSON, (Argued Sept. 25, 2007, Decided Feb. 26, 2008).

Supreme Court of New Jersey, 198 N.J. 6, Supreme Court of New Jersey STATE of New Jersey, Plaintiff-Appellant v. Juan PENA-FLORES, (Argued March 11, 2008, Re-argued Sept. 22, 2008, Decided Feb. 25, 2009).

Supreme Court of New Jersey, 93 N.J. 126, STATE of New Jersey, Plaintiff-Appellant v. Guillermo Leon VALENCIA, Francisco Gomez and Arturo Gomez, Defendants-Respondents, and Guillermo Leon Herrara, Defendant,

Supreme Court of Utah, 2014 UT 11, STATE of Utah, Appellee v. Gabriel GUTIERREZ-PEREZ, Appellant. (April 29, 2014., Rehearing Denied Sept. 18, 2014).

UK Investigatory Power Tribunal (https://www.ipt-uk.com)

United States v. U.S. District Court, 407 U.S. 297 (1972).

US FISA(https://www.law.cornell.edu/uscode/text/50/chapter-36)

US FISC(https://www.fisc.uscourts.gov)

Abstract

A Study on the Limits and Improvement of Warrant rule

Yoon Hae Sung·Choi Ho Jin·Park Hee Young·Lee Kwon Il

In order to understand warrant requirement under the constitution, and to reveal whether it should still be valid in a present Intelligent Technology developed, it is meaningful to look over the initiation and development of the warrant system; the reason why the warrant system has begun, and what the system is to guarantee. From the constitutional and human rights' point of view, historically the warrant system can be interpreted as a procedural guarantee to protect the human body from the execution of state power.

Today, warrant system has been modified to suit the circumstances of each country, but the key point is that the compulsory disposition of investigations by state power should be made not by the will of investigative agencies or others, but by the due process; whether compulsory disposition by neutral and independent agencies is essential; whether the public interest through investigation is superior enough to justify the violation of the basic rights of the parties to determine whether to enforce the arrest. At the same time, it was developed into an important principle that the general warrants-a warrant with expanded search authority by uncertainty of the range of investigation- were not accepted.

The warrant system is originated from Anglo-American law, and according to the Constitutional Court, the basic contents of the system mean that it should

be based on a warrant issued at the discretion of an independent and neutral judge in the execution of compulsory measures that violate the freedom of the body. Our Constitution stipulates the principle of pre-claims and the presentation of warrant, it also defines prosecutors as the person who has a right to apply for warrants. However, it is still unclear about the exact concept of the warrant system and its essence, what the constitutional and criminal procedure laws mean. From this reason, conflict of various opinions was ignited, and the question of whether warrant requirement will be applied for such administrative disposition as disciplinary action and administration investigation, etc. But the Constitutional Court recently judged that warrant requirement is not limited to arrest, seizure and search, so that discussions on the scope of the system can be expected to continue. In addition, advanced investigative techniques are emerging, unlike when the doctrine of warrants was specified. In relation to these investigation techniques, it was confirmed that various precedents and commentaries exist for the Warrant rule.

Based on the essential contents of the rule of warrant, this study examined whether the rule could be applied to new investigation techniques and whether it could be transformed in the process of application. This study shows the theoretical basis of the law and the basic principles in several respects; from the Constitutional and procedural view points. As a result, this study reviews the principle of pre-warrant, the principle of warrant presentation, the principle of warrant issue, the principle of legal step, the principle of post-warrant, and the principle of prohibition of a general warrant. In addition, in order to explore the basic contents of the warrant rule, the foreign legislative case concerning on the essence of the system is reviewed.

Looking at the foreign legal system, we could confirm that there exist not only

acceptance and approval of wiretapping, but access to Internet access records, Internet service providers' cooperative obligations, and committees and courts exclusively responsible for issuing warrants in criminal procedures. Regarding overseas specialized courts, the U.S. Foreign Information Surveillance Act(FISA) has been amended to enable the acquisition and use of specific business records, namely third-party transaction records. However, according to the Fourth Amendment, search warrants are generally based on considerable reasons to believe that a crime has occurred or is in progress, but the FISA, without having to do with criminal charges, does not apply to general provisions. Therefore, it was found that surveillance by the FISA was allowed on the basis of probable cause in monitoring hostile foreign forces and their agents.

In most developed countries, it is legislated to make it mandatory for operators to prepare wiretapping facilities. This obligates Internet service providers to cooperate rather than to submit arbitrarily, and it admits admissibility of evidence if necessary only. In order to do so, the government should consider a system that can cooperate with telecommunication businesses by creating new provisions about having equipment to enforce telecommunication restrictions. It is also important to make guidelines for the protection of Human Rights, and to establish a tentatively-named "Technical Advisory Committee on Communications Restriction" that can provide technical advice and gather opinions from related agencies.

In addition, we can consider enacting a special law to suit our situation. In most foreign countries, make it possible to provide stored information or search on it, and if it is difficult to provide stored information obligatorily in Korea, the law enforcement agencies should be allowed to receive stored information. In other words, even stored information should be considered not only people's

information rights but protection of basic rights, it should be approved by the court to allow the execution of administrative warrants under Communications Secrets Protection Act. It is also necessary for the court to guarantee basic rights by letting the subject of information under the Personal Information Protection Act know the facts.

This study enhances transparency in the performance of national security by clarifying the procedures and scope of access by investigative agencies to cyber hazards. And besides, legislation was proposed to create conditions for the government and the private sector to cooperate for the improvement of the people's information rights and security risks in cyberspace.

In conclusion, it is necessary to establish the standards for permission of the court and to come up with the procedures and measures to prevent investigative agencies from abusing their authority and violating human rights along with allowing investigative agencies to utilize new investigative techniques. Human rights can continue to be violated by new methods of investigation following scientific advances, and it is reasonable to make regulation through new legislation of criminal procedures rather than leaving the interpretation to investigative authorities.

부 록

*** 지체의 위험으로 인한 주거수색의 헌법적 요구사항**

BVerfG, Urteil vom 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00

I. 판결 요지

1. a) 기본법 제13조의 “지체의 위험”의 개념은, 법관의 수색명령이 원칙이고, 비법관의 수색명령은 예외로서 엄격하게 해석되어야 한다.
   b) “지체의 위험”은 개별적인 사례와 관련이 있다는 사실이 뒷받침되어야 한다. 순수한 추측, 가정적인 고려 또는 오로지 범죄학적 일상경험에 근거한 사례와 무관한 추측으로는 충분하지 않다.

2. 헌법에 규정된 법관의 법정관할은 대량의 일상적인 사례에서도 보장되도록 법원과 소추기관은 가능성과 관련하여 사실상 법적 조치를 취해야 한다.

3. a) “지체의 위험”의 해석과 적용은 법원의 무제한 통제에 속한다. 법원은 물론 상황에 따른 인식가능성의 한계를 가진 비법관인 소추기관의 특별한 판단상황을 고려해야 할 의무가 있다.
   b) “지체의 위험”의 인정의 효과적인 법원의 심사는, 수사기록에서 수색처분과 직접 시간적으로 관련하여 판단의 결과와 토대가 증명되는 것을 요건으로 한다.

II. 사실 관계

청구인은 경찰관이다. 청구인의 관청이 수행한 마약범죄에 대한 수사절차에서 피의자는 경찰의 신문을 받았다. 이 신문에서 피의자는 2000.3.6. 음식점에서 청구인을 우연히 만났으며, 청구인은 피의자의 전화가 감청되고 있다고 누설하였다고 진술하였다. 그리하여 청구인에 대하여 부정처사 수뢰 혐의와 업무상 비밀 누설 혐의(형법

제332조, 제353b조)로 수사절차가 개시되었다. 이 절차에서 피의자는 마약수사절차에서 검사장의 청구로 2000.4.12 12.15에 같은 날 13.05에서 13.15 사이에 구법원 수사판사로부터 증인으로 신문을 받았다.

하루 뒤 피의자의 동거인은 마약수사절차에서 2000.3.6 청구인과 대화 시 함께 있었다고 진술하였고, 9:20과 10:29 사이에 증인으로 경찰에서 신문을 받았다. 이어서 11시경 "객관성과 중립성을 이유로" 다른 경찰관청이 청구인에 대한 수사절차를 인계받았다. 긴급업무 검사는 오전 늦게 지체의 위험을 이유로 근무지, 주거지, 차량 그리고 청구인에 대한 수색을 전화로 명령하였다. 업무를 처리한 경찰관의 보고에 따르면 그 경찰서는 청구인이 직무상 비밀을 확실하게 누설한 혐의가 있다고 인정하였다. 수뢰 또는 부정처사 수뢰는, 청구인에게 과거에 이미 한번 이에 상응한 혐의가 존재하였기 때문에 배제할 수 없다고 한다. 당시 수사절차는 검찰에 의해서 중지되었다고 한다.

청구인에게 범죄혐의가 구두로 통지된 이후에 13시에서 13:35 사이에 그의 사무실에 그리고 14시에서 14:20 사이에 그의 주거지가 수색되었다. 디스켓 6개, 약속 계획서 2개, 은행계좌거래내역 1개가 압수되었다. 청구인은 즉시 이의를 제기하였다.

청구인의 서류열람 청구는 검사에 의해서 서류의 평가 이전에 거부되었다. 검사의 청구와 청구인의 청문으로 구법원의 수사판사는 2000.5.30의 결정으로 수색과 압수를 승인하였다(Rheinberg AG, Beschluss vom 30. Mai 2000 - 4 Gs 83/2000). "왜냐하면 추가 수색을 위해서 의미가 있을 수 있는 증거를 확보하기 위해서, 그 처분은 지금까지 수사의 상태에 따르면 정당화될 수 있었기 때문이다".

이에 대해서 청구인은 항고를 제기하였다. 청구인은 본질적으로 구법원의 결정은 충분한 이유를 가지고 있지 않고, 자신에게 처분을 근거로 하고 있는 사실이 구법원의 결정에서 통지되지 않았고, 기록 열람도 보장되지 않았다고 주장하였다.

검사는 그로 인하여 압수된 서류와 디스켓의 열람은 증거상 중요한 정황이 나오지 않는다고 확인하였다. 검사는 압수물을 환부하고 청구인의 변호인에게 기록열람을 허용하였다.

검사는 항소가 이유 없으므로 기각되어야 한다고 지방법원에 청구하였다. 마약수사절차에서 피의자 및 그의 동거인은, 청구인이 2000.3.6. 자신들에게 전기통신감청을

언급하였다고 진술하였다고 한다. 이 시점 이후 실제로 범죄와 관련한 대화는 더 이상 기록될 수 없었다고 한다. 이러한 상황에서 지체의 위험이 존재하기 때문에 수색명령이 내려졌다고 한다. 법관의 확인은 정당하게 얻어 처리되었다고 한다. 그 이유는 충분하다고 한다. 사실관계는 청구인에게 수색처분과 관련하여 열려 있었다고 한다.

청구인은 기록열람을 마친 뒤, 지체의 위험을 인정할 요건이 존재하지 않았다고 추가로 주장하였다. 기록은 검사가 어떤 사실을 근거로 수색명령을 내렸는지 추론될 수 없다고 한다.

당시의 인식수준이나 지금의 인식수준에 따르면 어떤 증거수단이 수색을 야기하였는지 명확하지 않다고 한다. 왜냐하면 마약수사절차에서 피의자의 진술은 - 추가로 진행된 증인의 진술에서도 마찬가지로 - 청구인이 귀뜸을 해 준 댓가로 뭔가를 획득하였다는 것에 대한 아무런 정황을 가지고 있지 않았기 때문이다.

지방법원은 2000.7.19 결정으로 항고는 이유가 없는 것으로 기각하였다(Kleve LG, Beschluss vom 19. Juli 2000 - 1 Qs 84/00). 수색명령은 검사의 설명대로 정당하고 허용된다고 하였다. 검찰의 사실관계의 설명에 대응하지 않는 청구인의 견해에 반해서, 지체의 위험이 존재하였다고 한다. 법관의 명령을 받을 수 없어야 처분의 목적이 위태롭게 되지 않는 경우 수색명령은 인정될 수 있다고 한다. 이것이 그런 경우인지는 공무원이 의무재량으로 결정한다고 한다. 따라서 "강제처분 명령을 결정할 중요한 시점에 (2000.4.12/13)" 더 이상의 시간적 지체가 증거물의 폐기로 될 수 있는지 우려되는 원인이 존재하였다고 한다.

청구인이 혐의를 받고 있다는 것을 알고 있어서 형사소추기관의 접근을 차단하기 위해서 사무실과 사적공간에 있는 민감한 데이터를 신속하게 폐기할 것이라는 것을 당시의 관점에서 배제할 수 없다고 한다. 특히 증거로 될 수 있는 디스켓에 있는 데이터는 키보드에서 간단히 몇 초 내에 삭제될 수 있다고 한다. 법원의 명령을 받게 되면 시간적 지체가 있을 수 있기 때문에, 그러한 명령을 포기하는 것에는 재량상 하자가 없었다고 한다. 그것은 의도적으로 법관을 배제한 것이 아니며 또한 청구인이 이의를 제기하고 그리하여 이후에 법관의 판단이 있게 될 것이라는 것은 예견할 수 없었다고 한다. 구법원과 지방법원의 결정에 대한 헌법소원은 일부 성공적이다.

Ⅲ. 연방헌법재판소 결정 내용

구법원과 지방법원의 불복결정들이 청구인의 주거수색을 대상으로 하는 한, 헌법재판소는 이들을 파기한다. 이들의 불복결정들은 청구인의 기본법 제19조 제4항과 관련한 제13조 제1항, 제2항의 기본권을 침해한다.

1. 헌법재판소 제2부는 우선 기본법 제13조 제2항의 법관유보의 의미를 강조하였다. 이것은 주거수색과 관련되는 기본권 침해를 독립적이고 중립적인 법원을 통하여 예방적으로 통제하는데 기여한다. 이 경우 법관은 특히 수색결정에서 적합한 형식을 통하여 기본권 침해가 측정될 수 있고 통제될 수 있도록 보장해야 한다.

   법관유보의 실효성을 확보해야 할 모든 국가기관의 의무는 기본법 제13조에서 나온다. 법원과 형사소추기관은 조직적인 조치를 통해서도 유효한 통제를 위한 조건을 마련해야 한다. 예를 들어 구법원의 수사판사에게 연락이 닿을 수 없거나 과도한 업무 부담으로 충분히 통지를 받지 못했다는 것에서 도출되는 결함은 극복되어야 한다. 이것은 개별 법관 혼자서는 할 수 없다; 업무분장계획, 법원의 자금, 법관을 위한 교육 및 연수 제공, 형사소추기관을 통한 완전한 정보제공이 이를 위해 적응시킬 수 있는 기본 요건들이다. 법원의 조직과 여기서 활동할 수사판사의 법적 지위를 담당하는 주 및 연방의 기관은 기본법 제13조의 관점에서 실제로 유효한 예방적인 법관의 통제를 위한 요건을 확보할 의무가 있다. “지체의 위험”의 인정은 명령권한을 예외적으로 법관에서 수사기관으로 이동시킨다. “지체의 위험”개념은 기본법에서 따라서 엄격하게 해석되어야 한다. 형사소추기관인 검사와 경찰에 의한 수색 명령은 예외여야 한다. 이것은 이미 기본법의 표현에서 나온다. 바이마르 제국 헌법과 헤렌킴제 헌법초안(Herrenchiemsee-Entwurf)과 달리 법관유보와 “지체의 위험”에 관한 예외조항은 명백하게 헌법에 수용되었다. 소추기관을 통한 수색명령은 중립적인 법관의 법정을 통한 기본권 침해의 예방적 통제의 탈락을 야기한다. 또한 침해를 최소화하는 효과는 서면에 따른 법관의 수색명령에는 결여되어 있다. 사후 법관의 통제를 통하여 이미 발생한 기본권 침해는 돌이킬 수 없다. 다른 한편 국가는 사법 보장에서 유효한 형사

소추에 대한 의무도 있다. 이로부터 소추기관은 조기에 “지체의 위험”의 존재를 판단하여 증거방법의 상실의 위험을 효과적으로 막을 수 있도록 해야 한다는 것이 도출된다.

이러한 기준들에 따르면 가능성의 범위 내에서 법관의 법정관할은 수색명령을 위해서 존재한다는 것이 확보되어야 한다. “지체의 위험”의 존재는 추측을 통해서는 뒷받침될 수 없다. 그것은 개별적인 사례와 관련되는 사실이 존재해야 한다. 증거방법을 상실할 수 있다는 단순한 가능성만으로는 충분하지 않다. 긴급관할을 위한 조건이 소추기관 자신의 입장에서 기대를 통해서 야기되지 않아야 한다. 이것은 일반적으로 우선 법관에게 연락이 닿을 수 있도록 시도되어야 한다. 법원은 수사판사에게 연락이 닿을 가능성을 확보해야 한다.

2. 기본법 제19조 제4항에서, 독립적인 법관을 통한 공권력에 대한 유효한 통제에 관한 시민의 청구권이 도출된다. 법원은 공권력의 처분을 법적으로 사실적으로 심사할 수 있어야 한다; 법원은 국가기관의 확인과 평가에 구속되어서는 안 된다. 이러한 의무는, 집행부의 실체적인 권력이 헌법상 의문이 없는 방법으로 판단을 요구하는 곳에서는 그 전체에 존재한다. 충분히 특정된 판단프로그램이 있어서는 안 된다. 하지만 기본법 제13조 제1항과 제2항은 그러한 여지를 개방하지 않았다. “지체의 위험”이 존재하는지 문제는 (내지 소추기관의 개입 시점에 존재하였는지) 무제한 법원의 통제에 속한다. 그러한 점에서 소추기관의 재량여지나 판단여지는 존재하지 않는다. 물론 법원은 소추기관이 정당하게 “지체의 위험”으로 개입하였는지 문제를 사후에 판단하는 경우, 그의 특별한 상황을 고려해야 한다. 법관은, 행위 하는 공무원의 평가를 대신해서 상황을 평가해서는 안 된다. 법관은 어떠한 조건에서 공무원이 수색을 결정하였는지 그리고 어떤 시적 범위에서 투입하였는지 고려해야 한다. 시간적 압박, 동료와의 상의 가능성, 상황에 따른 인식가능성의 한계와 같은 상황도 고려되어야 한다.

“지체의 위험”의 인정은 법관의 완전한 통제를 받는다는 것은 헌법상 요청이다. 이러한 법관의 완전한 통제는 실무에서 집행 관청이 자신의 판단의 토대를 충분히 증명하는 경우에만 가능하다. 기본법 제19조 제4항에서 따라서 소추기관에게

증명의무 및 이유제시 의무가 나오며 그렇게 해야만 효과적인 법관의 권리보호가 비로소 가능하게 된다. 따라서 어떠한 상황을 근거로 집행 관청이 증거수단의 상실의 위험을 인정하였는지 시사성 있게 증명되어야 한다. 법관은 관청이 결정을 내릴 시점에 구체적인 사정을 통지받아야 한다. 또한 관청이 수사판사에게 연락을 하기 위하여 시도하였는지도 알 수 있어야 한다.
그러한 서류를 근거로 해서 소추기관은 이후의 법원의 절차에서 자신의 수색명령을 내린 이유를 제시해야 한다. 이 경우 소추기관은 수색의 법적 요건을 증명하고 이유를 제시해야 한다. 즉 왜 법관의 명령을 이후에 받게 되었는지 경우에 따라서는 왜 법원의 판단을 받을 시도를 배제하였는지 설명해야 한다.

3. 이러한 기준들에 따르면 불복결정들은 기본법 제19조 제4항과 관련한 기본법 제13조 제1항 제2항의 청구인의 기본권을 침해한다. 구법원은 지체의 위험의 문제를 전혀 심사하지 않았다. 지방법원은 그 확인이 명령을 내린 검사의 재량에 있다고 인정하였다. 따라서 지방법원은 자신의 심사기준을 기본권을 위반하는 방법으로 침해하였다. 또한 지방법원은 지체의 위험의 개념을 해석하면서 기본법 제13조의 헌법상 기준을 고려하지 않았다. 특히 지방법원은 어떠한 근거에서 검사가 이 경우 지체의 위험을 인정하였는지 규명하지 않았다.

*** 야간주거수색명령에서 법관의 대기근무의 헌법상 기준**

BVerfG, Beschluss vom 12.3.2019 – 2 BvR 675/14

I. 결정 요지

1. 법관유보는 기본권을 확보하기 위한 것으로서 효과적으로 이행되도록 보장되어야 한다. 효과적인 이행 보장을 위한 국가기관의 의무는 기본법 제13조에서 도출된다. 대기 근무를 도입하여 수사판사에게 연락할 가능성을 확보하게 하는 법원의 헌법상의 의무는 이와 일치한다.

2. 법관유보는 실제로 유효해야 한다는 명령에 상응하는 법관의 대기근무에 관한 요구사항에는 통상적인 근무시간이 아닌 날에도 수사판사에게 제한없이 연락할 가능성도 포함된다. 이 경우 일과시간은 연중 6시에서 21시 사이의 시간을 포함한다. 하여튼 수사판사의 대기 근무는 야간 시간에는 예외사례를 넘어서 필요에 따라 정할 수 있다.

3. 예외사례를 넘어서는 야간 수색명령의 필요성은 야간 시간에 수사판사의 대기근무를 정하도록 요구하는지 그리고 어느 정도로 요구하는지는 법원장이 의무재량에 따라서 자신의 책임으로 결정해야 한다. 필요성 조사를 위한 종류와 방법은 법원장의 판단재량 및 예측재량에 속한다.

II. 사실 관계

청구인은 2013.9.14 토요일 이른 아침에 구급대원들에 의해서 발견되었다. 구급대원들은 청구인이 마약을 흡입하였다고 추측하였다. 청구인이 병원에 실려간 사이에, 신고를 받고 출동한 경찰관들은 청구인의 신분증과 청구인이 어떤 종류의 마약을 흡입하였는지 단서를 찾기 위해서 다른 사람과 함께 거주하고 있는 청구인의 주거에 들어갔다. 경찰관들은 관할 검찰청에 대기근무 중인 검사와 전화로 상의하였고, 그리하여 이 검사는 새벽 4시 44분경 증거물을 압수하기 위해서 주거수색을 명령하였다. 검사가 담당 수사판사에게 연락이 닿기 위해서 사전에 시도를 하였는지는 수사기록에

서 추론될 수 없다. 검사의 명령으로 집행된 청구인의 방과 공동 주거 공간의 수색에서 증거물이 압수되었다.

관할 법원인 로스톡 구법원(AG Rostock)의 경우 2013년도 법관의 대기근무는 토요일과 휴무일은 10시에서 12시, 일요일과 공휴일은 11시에서 12시 출석대기근무의 방식으로 수행되고 있었다. 이 대기 근무는 검사나 경찰이 사전에 긴급 청구를 요청한 경우에는 12시 이후에도 지속되었다. 또한 대기근무판사는, 경찰의 사전 통지 후 특별한 상황의 경우 위험방지법상 법원의 결정이 필요한 경우에는, 정규 업무시간 외에 모든 근무일에도 배당되었다. 그 밖에 법관의 긴급호출대기근무(Rufbereitschaftsdienst)도 정해져 있었다. 이것은 업무 종료 후 (월요일에서 목요일은 16시 15분부터; 금요일은 15시부터; 토요일, 일요일, 공휴일은 12시부터) 시작하여 21시까지 지속된다. 긴급호출 대기근무는 오로지 형사소송법의 긴급 처분과 메클렌 부르크 포어포메른 주 공공 안전 및 질서에 관한 법 제56조(MVSOG)와 연방경찰법(BPolG) 제40조에 의한 개별 사례의 경우 결정을 위해서만 권한이 있다.

청구인은 수색처분의 위법성 확인과 이에 상응한 항고를 로스톡 지방법원에 제기했지만 성공하지 못했다. 이에 대해서 청구인은 헌법소원으로 이의를 제기하고 있다. 헌법소원이 경찰법상 근거로 행해진 수색에 대해서 이의를 제기하고 있는 한, 재판부는 헌법소원의 이유가 충분하지 않아 적법하지 않은 것으로서 본 재판에 회부하지 않는다. 하지만 검찰이 명령한 수색과 관련하여 제기한 헌법소원은 적법하고 이유가 있다.

Ⅲ. 연방헌법재판소 결정 내용

[51] C. 청구인의 불복결정이 2013.9.14의 로스톡 검찰의 수색명령을 대상으로 하는 한, 헌법소원을 재판에 회부한다. 그러한 점에서 헌법소원은 적법하고 이유가 있다. 불복결정은 청구인의 기본법 제13조 제1항과 제2항 (주거의 불가침)의 기본권을 침해하였다. 전문법원들(로스톡 구법원과 지방법원)은 로스톡 구법원의 수사판사의 대기근무의 시간적 구성이 헌법상의 요구사항에 상응하지 않았다는 점을 참작하지 않았다. 왜냐하면 그것은 기본법 제13조 제2항에 규정되어 있는 법관과 비법관의 명령 사이의 원칙과 예외 관계를 실현하는데 적합

하지 않기 때문이다. 따라서 수사판사에게 연락할 가능성이 없다고 단순히 언급하는 것만으로는 지체의 위험의 인정이 정당화될 수 없다.

[52] I. 1. 기본법 제13조 제1항은 주거의 불가침을 보장한다. 이로서 개인에게 자신의 인간의 존엄성의 관점에서 그리고 인격의 자유로운 발현의 이익에서 기본적인 생활공간이 보장된다. 개인은 자신의 주거공간에서 간섭 받지 않을 권리가 있다. 수색은 기본권으로 보호되는 이러한 생활공간을 중대하게 침해한다(vgl. BVerfGE 51, 97 [107] = NJW 1979, 1539; BVerfGE 103, 142 [150 f.] = NJW 2001, 1121; BVerfGE 139, 245 [265] = NJW 2015, 2787 Rn. 56).

[53] 기본법 제13조 제2항이 수색명령을 기본적으로 법관에게 유보하고 있다는 점은 이러한 침해의 비중과 공간적 사생활 보호의 헌법적 의미에 상응한다. 예방적 법관유보는 주거기본권의 강력한 보장에 기여하고 독립적이고 중립적인 법원을 통해서 처분의 예방적 통제를 목적으로 한다(vgl. BVerfGE 57, 346 [355 f.] = NJW 1981, 2111; BVerfGE 103, 142 [151 f.] = NJW 2001, 1121; BVerfGE 139, 245 [265] = NJW 2015, 2787 Rn. 57). 기본법은, 법관은 자신의 인적 물적 독립성을 근거로 그리고 자신의 엄격한 법률 구속성을 근거로 (기본법 제97조) 개별 사안에서 당사자의 권리를 가장 안전하게 보장할 수 있다는 점에서 출발한다(vgl. BVerfGE 77, 1 [51] = NJW 1988, 890). 검사가 자신의 책임으로 수행하는 형소법의 수사절차에서(형소법 제158조 이하), 법관은 검찰의 청구에 의해서만 행위하는 무관한 제삼자이다(형소법 제162조). 수색명령 이전에 일반적으로 의견을 듣지 못하는 당사자의 이익(vgl. § 33 IV 1 StPO)이, 적정하게 고려되는 것은 자신의 개입을 통해서 수색의 집행 이후가 아니라 처음부터 확보되어야 한다(vgl. BVerfGE 9, 89 [97] = NJW 1959, 427; BVerfGE 103, 142 [151] = NJW 2001, 1121; BVerfGE 139, 245 [266] = NJW 2015, 2787 Rn. 60).

[54] 동시에 기본권을 보장하는 법관유보의 효과적인 이행이 보장되도록 조치를 해야 하는 국가기관의 의무는 기본법 제13조에서 나온다. 법원 – 개별적인

수사판사 및 수사판사의 임명과 업무분장을 담당하는 법원장(§ 21 e I 1 GVG) –뿐 아니라 수사기관도 실효성의 결함을 저지해야 한다. 그 외에 기본법 제13조는 법원의 조직과 거기서 활동하는 수사판사의 지위를 담당한 주 및 연방의 기관들은, 실제로 효과가 있는 법관의 예방적 통제를 마련할 의무가 있다. 이러한 조건에는 법원의 충분한 물적 인적 구성도 속한다 (vgl. BVerfGE 103, 142 [152 f.] = NJW 2001, 1121; BVerfGE 139, 245 [267] = NJW 2015, 2787 Rn. 62 f.).

[55] 2. 기본법 제13조 제2항은, 지체의 위험이 있는 경우 수색은 법률에 규정된 다른 기관을 통해서도 – 형사절차상 수색의 경우 형소법 제105조 제1항 제1문에 따라 검사 및 그 수사관 (법원조직법 제152조) – 명령될 수 있다는 것을 허용한다. 그럼에도 불구하고 기본법 제13조 제2항의 문언과 체계는, 법원의 수색명령이 원칙이고 비법관의 명령은 예외여야 한다는 것을 증명하고 있다 (vgl. BVerfGE 103, 142 [153] = NJW 2001, 1121; BVerfGE 139, 245 [269] = NJW 2015, 2787 Rn. 69). 이것은 헌법상 법관유보의 의미에 상응하고, 그 효력을 가장 강력하게 발현하는 기본권 규범의 이러한 해석에 우선권을 부여해야 한다는 원칙을 고려한 것이다. 형사소추기관이 수색을 명하는 경우에는, 독립적이고 중립적인 법관을 통한 예방적 통제는 탈락한다. 남아있는 사후통제는 실행된 기본권침해를 더 이상 회복시킬 수 없고, 법관의 예방적 기본권 보호의 청구를 충족하지 못한다(vgl. BVerfGE 139, 245 [269] = NJW 2015, 2787 Rn. 69). 따라서 기본법 제13조 제2항의 “지체의 위험”의 개념은 엄격하게 해석되어야 한다. 지체의 위험은 처분의 목적이 – 일반적으로 증거의 확보 – 위태롭게 되지 않고, 법관의 명령을 더 이상 받을 수 없는 경우에만 인정되어야 한다(vgl. BVerfGE 51, 97 [111] = NJW 1979, 1539; BVerfGE 103, 142 [153 f.] = NJW 2001, 1121; BVerfGE 139, 245 [269] = NJW 2015, 2787 Rn. 69).

[56] 이에 상응하게 형사소추기관은 일반적으로 담당 법관의 명령을 받기 위해서 시도해야 한다. 그러한 시도로 시간적 지체가 이미 수색의 성공을 위태롭게 하는 예외적인 상황에서만, 소추기관은 사전에 법관의 명령을 받으려는 시도

없이 직접 지체의 위험으로 명령을 내릴 수 있다. 지체의 위험의 인정은, 통상적으로 특정 시점에 또는 특정 기간 내에 담당 법관에게 연락이 되지 않아 법관의 명령을 받을 수 없다는 추상적인 암시만으로 근거 지을 수 없다(vgl. BVerfGE 103, 142 [155 f.] = NJW 2001, 1121). 지체의 위험은, 법관의 대기근무가 이 시간에 기본법 제13조 제2항과 일치하여 설정되어 있지 않았고 (이에 대해서 아래 3) 법관에게 연락이 닿을 때가지 기다리는 것이 가능하지 않는 그러한 사례에서만 존재한다.

[57] 긴급근무 또는 비상근무의 설치를 통해서도 수사판사에게 연락이 닿을 가능성을 확보해야 할 헌법상 법원의 의무와 이와 일치한다(vgl. BVerfGE 103, 142 [156] = NJW 2001, 1121). 법관의 직무를 효과적으로 수행하기 위해 필요한 수단이 긴급판사에게 제공되어야 한다. 그것이 필요해 보이는 한, 긴급판사는 비법관의 직무를 통해서 그 지원을 이용할 수 있는 것도 보장되어야 한다(vgl. BVerfGE 139, 245 [268] = NJW 2015, 2787 Rn. 65; BVerfGK 2, 176 [178] = NJW 2004, 1442; BVerfGK 9, 287 [290] = NJW 2007, 1444).

[58] 3. 법관유보의 실제적 유효성 명령에 상응하는 법관의 대기 근무에 대한 요구사항에는, 통상적인 근무 시간 외의 날에도 수사판사에게 제한 없이 연락이 닿을 가능성이 속한다. 일과시간은 이 경우 연 중 6시부터 21시 사이의 시간을 포함한다. 야간시간에 수사판사의 대기 근무는 하여튼 예외 사례를 넘어서 필요한 경우 정해야 한다(vgl. BVerfGE 139, 245 [268] = NJW 2015, 2787 Rn. 64; BVerfGK 2, 176 [178] = NJW 2004, 1442; BVerfGK 5, 74 [78] = NJW 2005, 1637).

[59] a) 기본법 제13조 제2항에서는, 형소법 제162조 제1항 제1문에 따른 수사판사의 직무를 관할하는 모든 구법원에 헌법에 근거해서 법관은 “24시간” 연락이 닿아야 한다는 것은 나오지 않는다. 기본법 제13조 제2항은 형사소추기관의 긴급권을 예외로서 명백하게 규정하고 있다. 예외 사례에서만 야간 수색명령이 내려진다면, 야간 수사판사의 대기근무의 부재는 기본법 제13조 제2항에서

정한 법관의 법정 관할을 위태롭게 하지 않는다. 헌법제정자가 기본법 제13조 제2항을 창설하면서 법관의 연락가능성이 야간에도 항상 보장되어야 한다는 것에서 출발하였는지는 명확하지도 않다.

[60] b) 헌법재판소의 일관된 판례에서 취하고 있는 주간과 야간 시간의 구별은, 일반적으로 야간보다는 주간에 수색명령의 필요성이 훨씬 더 많다는 경험에 근거하고 있다. 이것은 구체적인 필요성과 무관하게 주간에는 수사판사에게 제한 없는 연락가능성을 요구한다. 하지만 야간에 수사판사에게 연락이 닿을 가능성의 문제는 이에 대해서 개별 법원의 재판 관할에서 실무상 필요에 달려 있다는 것을 허용한다.

[61] 주거수색은 밤의 휴식의 특별한 보호 때문에 오로지 예외적인 경우에만 허용된다는 상황에서 경미한 야간 필요성은 이미 도출된다. 야간 휴식의 이러한 특별한 보호는 기본법 제13조 제1항에서 헌법적 토대를 가진다. 야간 수색은 헌법에 의해서 예외적으로 허용된다. 왜냐하면 주거수색은 이 시간에 당사자의 권리의 측면에서 주간보다는 훨씬 더 강력하게 침해되기 때문이다. 주간의 주거수색이 이미 주거자의 기본법으로 보호되는 생활영역의 중대한 침해인 경우, 야간 주거수색의 경우 이에 더하여 야간 휴식과 이와 결부된 특별한 사생활이 관련된다(vgl. Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018 Rn. 185; Benfer/Bialon, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, 4. Aufl. 2010 Rn. 416).

[62] c) 입법자는 기본적으로 이점도 고려하였다. 형소법 제104조 제1항에 따르면 주거 및 업무 공간 그리고 제104조 제2항에서 언급된 공간을 제외한 울타리가 처진 토지는 제104조 제3항의 야간에 오로지 현행범의(auf frischer Tat)의 소추의 경우, 지체의 위험이 있거나 도주한 피구금자의 체포를 위해서만 수색될 수 있다. 실무에서 가장 흔한 예외 사례로서 지체의 위험은, 일과가 시작될 때까지 수색을 연기하면, 예를 들어 그 사이에 증거물이 폐기될 수 있기 때문에, 수색의 성공을 위태롭게 할 개연성이 있는 경우에 존재한다(vgl. MüKoStPO/

Hauschild, 2014, § 104 Rn. 7; Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 104 Rn. 4). 형소법 제104조 제1항은 수색명령을 야간에 내리는 것을 제한하는 것이 아니라, 단지 그 집행만을 제한한다. 물론, 형소법 제104조 제1항과 제3항에서 수색명령의 집행에 대한 아무런 제한이 나오지 않는 시간에 수색명령의 필요성은, 일반적으로 형소법 제104조 제3항의 야간 시간에 보다도 훨씬 더 크다. 문의에 응답한 주의 의견들은, 사건의 수가 주간 보다는 야간에 기본적으로 훨씬 더 적다는 것을 보여준다.

[63] d) 하지만 기본법 제13조 제1항에 따라 요구되는 야간 주거수색의 보호는 형소법 제104조에 의해서 단지 불완전하게 보장되고 있다. 형소법 제104조 제3항에 정의된 야간 시간과 제104조 제1항의 제한은 4월에서 9월까지는 이미 아침 4시에 종료되는 한, 이 조항은 더 이상 생활현실을 반영하지 않는다. 오히려 오늘 날 생활습관에 따르면 적어도 4시에서 6시 사이의 시간은 아직 야간에 귀속시킬 수 있다.

[64] 형소법 제104조는 1879.10.1 형소법 발효 후 단지 경미한 개정이 있었을 뿐이다; 형소법 제104조 제1항에서 언급된 시간들은 변경되지 않았다. 이 조항은 여전히 형소법 제정 당시의 공동체의 농경 생활관계를 반영하고 있고 그 사이 변화된 사회문화적 관계와 현대의 생활관습을 고려하지 않고 있다. 일과시간은 오늘날 대부분의 국민들에게 4월과 9월 사이에 아침 4시에 시작되지 않는다는 점에서 이 조항은 더 이상 시의에 맞지 않다(vgl. Gercke in Gercke/Julius/Temming/Zöller, StPO, 6. Aufl. 2019, § 104 Rn. 9; Park, Rn. 190; Tsambiakis in Löwe/Rosenberg, StPO, III, 27. Aufl. 2018, § 104 Rn. 4; Schäfer in Löwe/Rosenberg, StPO, II, 25. Aufl. 2003, § 104 Rn. 4; Amelung in AK-StPO, II 1, 1992, § 104 Rn. 18).

[65] 형사소송법에서와는 달리 입법자는 민사소송법의 영역에서는 생활관계의 변화를 공감하고 있다. 2001.6.25 송달개혁법을 통해서(BGBl. 2001 I 1206) 민사소송법 제758조 제4항 2에서 야간의 개념을 도입함으로써 입법자는 통일적인

야간시간을 21시에서 6시로 함으로써 생활현실에 가장 가깝게 하였다. 2002.6.30일까지 적용되었던 민소법 제188조는 송달개혁법으로 새로운 규정을 통해서 대체되었고, 그리하여 형소법 제104조 제1항에 상응하는 구 민소법 제188조 제1항 2문의 야간 시간의 개념은 대체하지 않고 폐지되었기 때문에, 입법자는 민소법의 다른 조항에서 야간의 개념을 도입하는 것이 필요하다고 보았다. 이 경우 입법자는 "실무와 관련된 곳"인 민소법 제758a조에서 이를 도입하기로 결단했다(vgl. BT-Drs. 14/4554, 26). 하지만 입법자는 민소법 제188조 제1항 2문의 기존의 규정의 잘못된 수용이 아니라 의도적으로 4월에서 9월까지의 아침 4시에서 6시까지의 시간과 관련하여 다른 규정을 도입한 것이다.

[66] e) 오늘 날 생활습관에 따르면 적어도 21시에서 6시 사이의 시간은 연중 야간으로 간주되기 때문에(vgl. BVerfG, NJW 2018, 2619 Rn. 100), 야간 주거수색의 보호는 4월에서 9월 사이에도 4시에서 6시 사이의 시간에도 적용된다는 것은 헌법상 허용된다. 이것은 직접 기본법 제13조 제1항에서 나온다. 이 경우 형소법 제104조 제1항과 제2항의 규정 개념에 전용할 수 있다. 따라서 주거수색은 현행범의 추적을 위해서, 지체의 위험이 있는 경우 또는 도주한 피구금자를 체포하기 위해서 허용되고 수색의 제한은 형소법 제104조 제2항에서 언급한 공간에는 확대되지 않는다.

[67] f) 따라서 주거수색의 집행이 연중 21시에서 6시 사이로 제한된다면, 위의 설명에 상응하게 이 시간에는 주거수색의 명령에도 일반적으로 명확하게 경미한 필요성에서 출발할 수 있다. 이것은, 21시에서 6시 사이의 수사판사의 대기근무를 헌법에 의해서 오로지 예외 사례를 넘어서는 야간 수색 명령의 필요성이 존재하는 한에서만 허용되는 것으로 간주하는 것을 정당화한다. 이것이 그러한 사례가 아니라면, 기본법 제13조 제2항에서 규정된 원칙과 예외 관계는 수사판사의 야간 연락가능성이 없더라도 보장된다.

[68] 4. 예외 사례를 넘어서는 야간 수색명령의 필요성이 수사판사의 대기근무의 설치를 야간 시간에 요구하는지 그리고 어느 정도 요구하는지는 법원장이 의

무재량에 따라서 자신의 책임으로 판단해야 한다. 필요성 조사의 종류와 방법은 법원장의 판단재량 및 예측재량에 속한다.

[69] a) 법원조직법 제21e조 제1항 제1문에 따르면 법원장은 법관의 배치를 결정하고, 수사판사를 임명하고, 대리인을 정하고 업무를 분장한다. 법원장의 직무는 완전히 법관의 독립성에서 이를 수행하고 이 경우 법과 법률에만 구속된다(vgl. Kissel/Mayer, GVG, 9. Aufl. 2018, § 21 e Rn. 7, 20). 구체적인 대기근무의 구성은 법원장의 직무에 속한다. 법원장은, 헌법상 요청이 존재하는 한, 통상적인 근무시간 외에 연기할 수 없는 업무 및 휴무일에 담당 법관을 배치해야 한다(vgl. Kissel/Mayer, § 21 e Rn. 136; Breidling in Löwe/Rosenberg, StPO, X, 26. Aufl. 2010, § 21 e GVG Rn. 84; Müller/Kische, DRiZ 2018, 352 [353]). 따라서 법원장은 수사판사의 직무영역을 위해서 검찰청 또는 그 지국을 관할하는 소재지의 구법원에게 (형소법 제162조 제1항 제1문) 또는 – 법원조직법 제22c조에 따른 대기근무의 집중의 경우에 – 지방법원의 법원장에게 관할 구법원의 장과 협의하여 (법원조직법 제22c조 제1항 4 참조), 해당 법원 관할 지역에서 예외 사례를 넘어서는 야간의 수사판사의 대기근무의 설치를 위한 실무상 필요가 존재하는지에 대한 예측결정을 내릴 의무가 있다(vgl. Kissel/Mayer, § 21 e Rn. 136 und § 22 c Rn. 1).

[70] b) 연방헌법재판소의 판례에서 의미하는 예외 사례를 넘어서는 야간 수색명령의 필요성은, 기본법 제13조 제2항을 통해서 규정되어 있는 원칙과 예외 관계가 수사판사에의 야간 연락 가능성이 없으면 더 이상 보장되지 않는 경우에 존재한다. 따라서 야간 수사판사의 대기근무의 설치는, 야간 수색명령이 오로지 매우 경미한 범위에서 발생하는 한해서만 배제될 수 있다.

[71] c) 관할 내에서 야간 수색명령이 실제로 필요한가를 어떠한 방법으로 예측하는가는 법원장의 판단재량 및 예측재량에 속한다. 법원장이 그의 필요성 진단을 통계 수집에 근거하지 않고, 일반적인 경험치에 의존한다면, 이것은 충분히 수긍할 수 있어야 한다.

대도시에서는 저녁시간과 야간시간에 수색명령을 긴급하게 신청하는 건수가 지방의 법원 관할보다는 상당히 많다는 상황은 수긍할 수 있는 경험치라 할 수 있다(vgl. einerseits BVerfGK 9, 287 [290] = NJW 2007, 1444 zur Großstadt München und andererseits BVerfGK 2, 176 [178] = NJW 2004, 1442 zum Land Brandenburg). 그것이 경험에 따라서 상당한 규모로 경계가 중복되는 범죄로 나아가는 경우 법원 관할의 한계근처나 또는 법원 관할 내에서 알려진 범죄 중점이 있다는 상황이 야간에 예외를 넘어서는 수색명령의 필요성이 존재하는 것이 추론될 수 있다. 그러한 높은 필요성은 끝으로 시간적으로 제한되는 대규모의 사건의 기간 동안 발생할 수 있다(vgl. zB BVerfGK 7, 87 [102] = NVwZ 2006, 579 zur Erforderlichkeit der Einrichtung eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit aufgrund von zu erwartenden gefahrenabwehrrechtlichen Masseningewahrsamnahmen anlässlich eines Castor-Transports). 개별 법원의 관할에서 특별한 관계는 항상 중요하므로 일반적인 규정은 금지된다.

[72] Ⅱ. 불복된 전문법원의 재판들은 로스톡 검찰의 수색명령을 정당하다고 간주하는 한, 이러한 기준을 충족시키지 못한다.

[73] 1. 구법원은 이미 기본법 제13조 제2항의 법관유보를 상세하게 다루지 않았고, 대기검사가 수색명령을 내리기 위한 지체의 위험 때문에 정당화되었는지를 심사하지 않았다. 구법원은 2014.1.30 재판을 충분하지 않게 단지 초기혐의의 존재만으로 뒷받침하고 있다.

[72] 2. 지방법원은 헌법위반의 의문을 풀지 못했다. 지방법원은 대기검사가 자신의 관할을 지체의 위험으로 인정하였는지 문제를 다루었다. 하지만 지체의 위험의 해석에서 지방법원은 기본법 제13조 제1항과 제2항에서 나오는 헌법상 기준을 고려하지 않았다. 지방법원이 지지한 견해에 반해서 구법원이 기본법 제13조 제1항과 제2항에서 나오는 수사판사의 대기근무의 설치에 대한 자신의 의무를 준수하였는지 결정될 수 있었다.

[75] a) 지방법원은 지체의 위험이 존재하는지 문제를 오로지 사건을 다룬 대기검사의 사실상의 가능성과 구법원의 수사판사의 사실상 연락가능성에 근거해서만 판결하였다. 지방법원은 오로지 대기검사가 법관의 명령을 받는 것, 즉 기존의 법관의 대기근무가 시작될 때까지 대기하는 것이 수색의 목적을 위태롭게 하였는지에만 맞추었다.

[76] 수사판사의 대기 근무에 실제로 연락이 닿을 가능성에 대한 언급은 하지만 구체적인 구성이 기본법 제13조 제1항과 제2항의 요구사항을 충족하는 경우에만 헌법상 받아들일 수 있다. 검사나 그의 수사기관의 수색명령은, 이것이 기본법 제13조 제1항과 제2항을 위반하여 충분한 수사판사의 대기근무의 설치에서 나오는 경우에는 지체의 위험을 근거로 정당화될 수 없다. 수사기관은 그러한 경우에는 의무위반으로 비난될 수 없다; 하지만 그것은 중요하지 않다. 왜냐하면 실제로 효력이 있는 법관의 예방적 통제를 위한 요건을 마련하는 의무는 모든 국가기관을 대상으로 한다. 이러한 의무는 기본법 제13조 제1항의 기본권 제한처분의 정당성이 결국에는 지속되는 기본법 제13조 제2항을 침해하는 법원구성의 상태를 근거로 할 수 있는 경우에는 무력하게 할 수 있다. 법원장이 기본법 제13조 제2항의 원칙과 예외 관계를 관리하는 수사판사의 대기근무의 설치할 의무를 위반하고 수사기관이 그의 명령권한을 그 때문에 지체의 위험에 근거한다면 이것은 수색명령의 규정위반과 헌법위반이 된다.

[77] b) 2013년 로스톡 구법원의 대기근무시간의 구성은 기본법 제13조 제1항과 제2항의 요구사항에 부응하지 않는다.

2013년 9월 14일 – 모든 다른 토요일과 같이 – 법관의 출석대기근무는 10시에서 12시까지였고, 긴급대기근무는 이어서 21시까지였다. 6시에서 10시 사이의 기간은 이에 대해서 수사판사에게 연락이 닿을 수 없었다. – 구체적인 필요성과 무관하게 요구되는 – 주간에 수사판사에게 무제한 연락가능성은, 예외 없이 토요일, 일요일 그리고 법정 공휴일에도 확보되어야 하는, 이러한 방법으로 보장되지 않았다. 수사판사에게는 적어도 6시부터는 연락이 닿을 수 있어야

했다. 지방법원이 착오로 대기근무의 시작을 11시로 한 것은 따라서 기본법 제13조 제1항과 제2항의 요구사항을 충족하기에 결코 적합하지 않았다.

[78] c) 따라서 지방법원은 대기검사를 통한 2013.9.13 4시 44분경 수색명령은 지체의 위험으로 정당화될 수 있었는지 다루었어야 했다. 이 경우 지방법원은 이 사안에서 검사가 수색 목적의 위태롭게 됨이 없이 헌법상 최소한 요구되는 아침 6시에 가설적인 수사판사에의 연락가능성과 그리하여 법원의 수색명령을 청구하기 위해서 기다렸어야 했는지 우선 심사하는 것을 명확히 했어야 했다. 지방법원이 이를 부정하였다면, 판사의 명령을 받아서 시간 지체가 수색의 결과를 그의 관점에서 위태롭게 되었기 때문에, 로스톡 구법원장에게 야간 수색명령의 필요성의 관점에서 검사의 수색명령의 시점에 수사판사에게 연락할 가능성을 확보할 원인이 존재하였는지를 상술했어야 했다.

[79] D. 구법원과 지방법원의 불복 결정들은, 2013.9.14 로스톡 검찰의 수색명령과 관련되는 한, 피고인의 기본법 제13조 제2항의 기본권을 침해한다. 이들이 로스톡 지방법원의 결정을 파기하고 사건을 다시 재판하도록 환송한다(§ 95 II BVerfGG).

- 관련 규정 소개 -

법률상 법관유보는 특히 다음의 수사처분에서 규정되어 있다.

1. 피의자의 신체 수색

제81a조 (피범행혐의자 신체의 검사; 신체 침습의 허용)

(1) 피범행혐의자에 대한 신체의 검사는 재판상 중요한 사실을 확인하기 위하여 명할 수 있다. 이런 목적을 위한 혈액표본 채취와 그 밖의 신체적 침습행위는 의사가 의학적 준칙에 따라 검사의 목적으로 시행하고 피범행혐의자의 건강을 해할 염려가 없는 경우에 피범행혐의자의 동의 없이도 허용된다.

(2) 제1항에 따른 명령권은 법관에게 있고, 지체할 경우 검사의 실효성을 해할 위험이 있는 때에는 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)에게도 있다. 형법 제315조a 제1항 제1호, 제2항과 제3항, 제315조c 제1항 제1호 제a목, 제2항과 제3항 또는 제316조의 범죄가 저질러졌다는 혐의가 일정한 사실에 근거하는 경우에 혈액표본의 채취에는 제1문과 달리 법관의 명령이 필요하지 않다.

(3) 피범행혐의자에게서 채취한 혈액표본 또는 그 밖의 신체세포는 그 채취의 근거가 되는 형사절차 또는 다른 계속 중인 형사절차를 위하여만 사용할 수 있다; 그 표본이나 신체세포가 이와 같은 절차에 더 이상 필요하지 않으면 즉시 폐기해야 한다.

2. 피의자 아닌 다른 사람의 신체수색

제81조c 다른 사람 신체의 검사

(1) 피범행혐의자가 아닌 사람이 증인으로 고려되면, 진실의 규명을 위하여 그의 신체에 범죄의 일정한 흔적이나 결과가 있는지를 확인해야 하는 경우에 한하여 그의 동의 없이 신체를 검사할 수 있다.

(2) 피범행혐의자가 아닌 사람의 경우 혈연관계의 확인을 위한 검사와 혈액표본 채취는 건강을 해할 염려가 없고 진실의 규명을 위하여 불가결한 경우에 그의 동의 없이도 허용된다. 그 검사와 혈액표본 채취는 반드시 의사가 시행해야 한다.

(3) 검사 또는 혈액표본 채취는 증언거부와 동일한 사유로 거부할 수 있다. 미성년자가 사고력의 미성숙 때문에 또는 미성년자나 피후견인이 정신질환이나 정신적, 심리적 장애 때문에 거부권의 의미를 충분히 알지 못하면, 법정대리인이 이를 판단한다; 제52조 제2항 제2문과 제3항을 준용한다. 법정대리인이 결정할 수 없거나(제52조 제2항 제2문) 그 밖의 사유로 말미암아 적시의 결정이 방해받고 즉시의 검사나 혈액표본 채취가 증거보전을 위하여 필요하다고 보이면, 그 조치는 법원의 특별한 명령이 있을 때에만 허용되고, 이 명령을 적시에 받을 수 없는 경우에는 검찰의 특별한 명령이 있을 때 허용된다. 조치를 명한 결정에 불복할 수 없다. 제3문에 따라 수집한 증거는 이후의 절차에서 그에 관하여 권한 있는 법정대리인의 동의가 있어야만 사용할 수 있다.

(4) 제1항과 제2항에 따른 조치는 제반 사정을 고려하여 볼 때 대상자에게 이를 기대할 수 없는 경우에 허용되지 않는다.

(5) "명령권은 법원에 있고, 지체할 경우 검사의 실효성을 해할 위험이 있는 경우에 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)에게도 있다; 제3항 제3문은 영향을 받지 않는다. 제81조a 제3문을 준용한다."

(6) 그 대상자의 거부에는 제70조의 규정을 준용한다. 직접강제는 법관의 특별한 명령이 있을 때에만 적용할 수 있다. 그 명령은 대상자가 과태료의 부과에도 불구하고 계속하여 거부하거나 또는 지체하면 위험할 우려가 있을 것을 요건으로 한다.

3. 형소법 제81a조 제1항과 제81c조의 처분을 통해서 확보한 물체의 DNA 분석

제81조e 분자유전학적 검사

(1) 제81조a 제1항 또는 제81조c에 따른 조치를 통해 취득한 자료에 대한 분자유전학적 검사로써 그 사람의 디엔에이 프로필, 혈연관계와 성별을 확인하고 그 확인결과를 비교자료와 비교조사할 수 있는 것은 사실관계의 조사를 위하여 필요한 경우에 한한다. 다른 사항을 확인해서는 안 된다; 이를 위한 검사는 허용될 수 없다

(2) 제1항에 따라 허용되는 검사는 수집하거나, 확보하거나 또는 압수한 자료에 대하여도 실시할 수 있다. 제1항 제2문과 제81조a 제3항 전단을 준용한다. 그 자료가 어떤 사람에게서 연유한 것인지를 알고 있으면, 제81조f 제1항을 준용한다.

제81조f 분자유전학적 검사 절차

(1) 제81조e 제1항에 따른 검사는 대상자의 서면 동의가 없으면 "법원만이 명할 수 있고, 다만 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에는 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 이를 명할 수 있다." "그 검사에 동의한 사람에게는 수집할 데이터가 어떠한 목적으로 사용되는지를 알려주어야 한다."

(2) 제81조e에 따른 검사는 공적으로 임명되거나 비공무원의 공적 의무에 관한 법률에 따라 의무가 있는 감정인에게 또는 공무원의 지위에 있는 감정인에게 서면명령의 방식으로 위임해야 하고, 그 중 공무원의 지위에 있는 감정인은 수사를 하는 관청에 소속되지 않거나 그 수사를 하는 관청과 조직적, 객관적으로 분리된 조직에 소속돼야 한다. 감정인은 분자유전학적으로 허용되지 않는 검사와 제3자의 권한 없는 정보취득이 배제되고 있다는 것을 기술적이고 조직적인 조치로써 보장해야 한다. 감정인에게는 검사 시료를 전달할 때 대상자의 이름, 주소, 생년월일을 알려서는 안 된다. 감정인이 비공공 부문에 속하면, 데이터보호에 관한 규정이 침해되었다는 점에 관한 충분한 근거를 감독관청이 가지고 있지 않으며 감정인이 개인정보를 전산자료에서 자동화되도록 처리하지 않더라도, 데이터보호에 관한 규정이 실행되는지를 감독관청이 감시하는 것을 조건으로, 연방데이터보호법 제38조가 적용된다.

4. 장래의 형사절차에서 규명하기 위해서 "중대한 의미의 범죄 또는 성적 자기결정권 침해 범죄"(Straftat von erheblicher Bedeutung oder einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung)의 혐의에서 DNA 분석

제81조g DNA 신원확인

(1) "피범행혐의자에게 중대한 범행 또는 성적 자기결정을 침해한 범행의 혐의가

있으면, 그 범행의 종류나 실행, 피범행혐의자의 인격 또는 그 밖의 여러 사정에 비추어 볼 때 피범행혐의자에 대하여 향후에 중대한 범행으로 형사절차가 진행될 것이라고 인정할 근거가 있는 경우에 장래의 형사절차에서 신원확인을 위하여 피범행혐의자의 체세포를 채취하고 디엔에이프로필과 성별의 확인을 위하여 분자유전학적 검사를 할 수 있다.”“ 그 밖의 범행을 반복하여 저지른 것은 그 불법 내용에서 중대한 범행과 동일하게 취급될 수 있다.”

(2) 채취한 체세포는 제1항에 규정된 분자유전학적 검사에만 사용할 수 있다; 그 체세포는 검사에 더 이상 필요하지 않으면 즉시 폐기해야 한다. 검사 과정에서 디엔이 프로필과 성별을 밝혀내는 데 필요한 것 외의 사항을 확인해서는 안 된다; 그 밖의 것을 확인하기 위한 검사는 허용되지 않는다.

(3) “체세포의 채취는 피범행혐의자의 서면 동의가 없으면 법원만이 명할 수 있고, 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에는 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다.” 체세포의 분자유전학적 검사는 피범행혐의자의 서면 동의가 없으면 법원만이 명할 수 있다. “그 동의한 사람에게는 수집할 데이터가 어떠한 목적으로 사용되는지를 알려주어야 한다.” 제81조f 제2항을 준용한다. 법원의 이유서에는 개별 사안과 관련하여 다음의 각 사항을 기재해야 한다.

1. “범행의 중대성을 판단하는 데 결정적인 사실”
2. “피범행혐의자에 대하여 향후에 형사절차가 진행될 것이라고 인정할 만한 근거가 되는 여러 사정”
3. “각각 의미 있는 여러 사정에 대한 고려”

(4) 제1항 내지 제3항은 “대상자가 범행으로 확정력 있는 유죄판결을 받았거나 또는 단지 다음 각 호 가운데 어느 하나의 사유 때문에 유죄판결을 받지는 않았으나 연방범죄경력등록부나 교육등록부에 기록된 해당 내용이 아직 말소되지 않은 경우에 준용한다.”

1. “책임무능력이 증명되었거나 또는 배제될 수 없는 경우”
2. “정신질환에 근거한 소송무능력”
3. “책임성 결여 또는 결여를 배제할 수 없는 경우(소년법원법 제3조)”

(5) 수집한 데이터는 연방범죄청에서 저장하고 연방범죄청법의 기준에 따라 사용할

수 있다.

이는 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하는 경우에도 마찬가지다.

1. "제1항에 규정된 요건 하에서 제81조e 제1항에 따라 수집한 피범행혐의자의 데이터"
2. "제81조e 제2항에 따라 수집한 데이터"

"데이터는 형사절차, 위험 방지 그리고 국제적 사법공조의 목적을 위하여만 제공될 수 있다." "제2문 제1호의 경우에 피범행혐의자에게 지체 없이 데이터의 저장 사실을 알리고," "법원에 재판을 신청할 수 있다는 점을 피범행혐의자에게 알려주어야 한다."

5. DNA 서열 검사

(1) "생명, 신체의 불가침성, 개인적 자유 또는 성적 자기결정에 대한 중죄를 저질렀다는 혐의가 일정한 사실에 근거해 인정되면, 범인에게 들어맞을 것으로 추정되는 일정한 심사표지를 충족하는 사람에 대하여 그의 서면 동의를 얻어 다음 각 호의 조치를 할 수 있다."

1. "체세포의 채취"
2. "디엔에이 프로필과 성별의 확인을 위하여 체세포의 분자유전학적 검사"
3. "이미 확인한 DNA 프로필과 흔적자료의 DNA 프로필 간의 자동화된 비교조사."[1265]

"다만 이는 흔적자료가 대상자에게서 연유한 것인지를 확인할 필요가 있고 특히 그 조치와 관계된 대상자 수에 비추어 그 조치가 범행의 중대성에 비하여 비례성을 벗어나지 않는 경우에 한한다."

(2) "제1항에 따른 조치에는 법원의 명령이 필요하다. 이 명령은 서면으로 한다. 이 명령에서는 일정 심사표지에 의거해 대상자 표시 및 이유 기재를 해야 한다.[1266] 대상자의 사전 심문은 필요하지 않다. 조치를 명하는 재판에 불복할

1265) 김한균/윤해성 외, "첨단 과학수사 정책 및 포렌식 기법 종합발전방안 연구(Ⅰ)", 한국형사정책연구원, 2018, 216면.

수 없다.”

(3) “조치의 실행에는 제81조f 제2항을 준용한다. 채취한 체세포는 제1항에 따른 검사에 더 이상 필요하지 않게 된 경우 지체 없이 폐기해야 한다. 조치를 통해 확인한 디엔에이 프로필의 기록은 사실관계 조사에 더 이상 필요하지 않게 된 때 지체 없이 삭제해야 한다. 그 폐기와 삭제는 문서로 남겨야 한다.”

(4) “그의 동의가 있어야만 조치를 취할 수 있다는 것을 대상자에게 서면으로 알려야 한다. 동의 전에 그에게는 다음 각 호의 사항도 서면으로 함께 알려주어야 한다.”

1. “채취한 체세포는 오직 디엔에이 프로필, 혈연관계와 성별의 확인을 위하여만 검사한다는 것과 이에 더 이상 필요하지 않게 되자마자 지체 없이 폐기한다는 것.”
2. “검사 결과는 그 대상자 또는 그의 직계나 3촌 이내의 방계 혈족에게서 흔적자료가 연유한 것인지 여부의 관점에서 흔적자료의 디엔에이 프로필과 자동화로 비교조사된다는 것.”
3. “비교조사의 결과는 대상자 또는 그의 직계나 3촌 이내의 방계 혈족에게 불리하게 사용될 수 있다는 것.”
4. “확인한 디엔에이 프로필은 장래의 형사절차에서 신원확인에 이용할 목적으로 연방범죄청에 저장하지 않는다는 사실.”

6. 대상의 압수

제94조 증거의 보전과 압수

(1) “심리에서 증거방법으로서 가치가 있을 수 있는 대상은 보관하거나 다른 방법으로 보전해야 한다.”

(2) “제1항의 대상은 개인이 보관하면서 자의로 제출하지 않으면 압수할 수 있다.”

(3) “제1항과 제2항은 운전면허증의 몰수에도 적용된다.”

(4) “동산은 제111n조와 제111o조에 따른다.”

1266) 김한균/윤해성 외, “첨단 과학수사 정책 및 포렌식 기법 종합발전방안 연구(Ⅰ)”, 한국형사정책연구원, 2018, 216면.

제98조 압수 절차

(1) “압수는 법원만이 명할 수 있고, 지체 시 위험 우려가 있는 경우에는 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다.” “제97조 제5항 제2문에 따라 법원만이 편집국 또는 출판사, 인쇄소, 방송사 내에서 하는 압수를 명할 수 있다.”

(2) “법원의 명령 없이 대상을 압수한 공무원은 압수 당시 그 대상자나 그의 성년 가족이 참석하지 않은 경우 또는 그 대상자 또는 그의 부재 시에는 성년인 가족이 압수에 대하여 명시적으로 이의를 제기한 경우에는 압수 후 3일 이내에 법원에 승인을 신청해야 한다.” “그 대상자는 언제든지 법원에 재판을 신청할 수 있다. 법원의 관할은 제162조에 따라 정한다.” “그 대상자는 압수가 이루어진 지역을 관할하는 구법원에도 신청할 수 있다”; “신청을 접수한 구법원은 그 신청을 관할법원에 송부한다.” “그 대상자에게 이의신청권을 고지해야 한다.”

(3) “공소제기 후에 검찰 또는 검찰수사관이 압수했으면, 3일 이내에 법원에 그 압수를 통지해야 한다”; “압수한 대상은 법원이 처분할 수 있어야 한다.”

(4) “연방방위군의 청사, 공중에게 개방되지 않은 시설 또는 설비에서 압수할 필요가 있으면, 그 연방방위군 책임자가 압수의 실행을 요청받는다.” “그 요청하는 기관은 압수에 참여할 수 있다.” “그러나 군인 외의 사람만이 거주하는 장소에서 압수하는 경우에는 그런 요청이 필요하지 않다.”

Ermittlungspersonen im Sinne von § 152 verfügen – anders als Polizeibeamte nach den §§ 161, 163 StPO – über besondere strafprozessuale Kompetenzen (§ 81a Abs. 2, § 81c Abs. 5, § 98 Abs. 1, § 100d Abs. 1, 105 Abs. 1 S. 1, § 111 Abs. 2, § 111e Abs. 1 S. 2, § 111f Abs. 1 S. 1, § 111l Abs. 2 S. 2 § 132 Abs. 2, § 163d Abs. 2, § 163f Abs. 3 StPO).

7. 검찰수사관

법원조직법 제152조 검찰수사관

검찰수사관은 형소법 제161조와 제163조에 의한 경찰공무원과 달리 형사소송절차에

서 특별한 권한을 가지고 있다. 형소법 제81a조 제2항, 제81c조 제5항, 제98조 제1항, 제100d조 제1항, 제105조 제1항 제1문, 제111조 제2항, 제111e조 제1항 제2문, 제111f조 제1항, 제111l조 제2항 제2문, 제132조 제2항, 제163d조 제2항, 제163f조 제3항.

8. 라스터판둥(Rasterfahndung)

제98조a 데이터뱅크 검색

(1) "다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하는 중대한 범죄가 저질러졌다는 점에 관한 사실적 근거가 충분히 있으면, 제94조, 제110조, 제161조와 관계없이, 범인에 해당한다고 추정되는 일정한 심사표지를 충족하는 사람의 개인정보는 혐의 없는 사람을 배제하기 위하여 또는 수사에 중요한 추가적인 심사표지를 충족하는 사람을 확인하기 위하여 기계에 의한 방법으로 다른 데이터와 비교조사를 할 수 있다."

1. "위법한 마약류거래 또는 무기거래, 통화위조 또는 유가증권위조 영역의 범죄"
2. "국가안보 영역의 범죄(법원조직법 제74조a, 제120조)"
3. "공공위해범 영역의 범죄"
4. "신체 또는 생명, 성적 자기결정권 또는 개인적 자유의 침해 범죄"
5. "영리를 위한 범죄 또는 상습적인 범죄"
6. "범죄단체구성원에 의한 범죄 또는 다른 방식으로 조직된 범죄"

"이 조치는 사실관계의 조사나 범인 소재의 파악이 다른 방법으로는 성공할 가망이 거의 없거나 현저히 곤란할 경우에만 명할 수 있다."

(2) "제1항에 규정된 목적을 위하여 그 저장 기관은 비교조사에 필요한 데이터를 데이터베이스에서 추출하여 형사소추관청에 제공해야 한다."

(3) "그 전달할 데이터를 다른 데이터로부터 분리하는 데 과도한 비용이 드는 한도에서 명령에 따라 다른 데이터도 제공할 수 있다. 그 다른 데이터의 이용은 허용되지 않는다."

(4) "검찰의 요구가 있으면 그 저장 기관은 비교조사의 실행 기관을 지원해야 한다."

(5) "제95조 제2항을 준용한다."

제98조b 데이터뱅크 검색의 절차

(1) 법원만이 데이터의 비교조사 및 전달을 명할 수 있고, 지체 시 위험 우려가 있는 경우에는 검찰도 명할 수 있다. 검찰은 명령을 했으면, 지체 없이 법원의 승인을 신청한다. "검찰의 명령은 3근무일 이내에 법원의 승인을 받지 못하면 효력을 잃는다." 명령은 서면으로 한다.

"명령은 전달의무자를 적시해야 하고, 개별 사건에서 필요한 데이터와 심사표지로 제한돼야 한다." "그 사용이 연방특별법률 또는 그에 상응하는 주법률의 사용규정에 배치되는 데이터의 전달은 명할 수 없다." 제96조, 제97조, 제98조 제1항 제2문을 준용한다.

9. 압수한 배달 우편물의 개봉 과 우편물 압수

제100조 우편 압수의 절차

(1) "압수(제99조)는 법원만이 할 수 있고, 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에 검찰도 할 수 있다."

(2) "검찰의 압수는 검찰이 아직 인도받지 못했을지라도 3근무일 이내에 법원의 승인을 받지 못하면 효력을 잃는다."

(3) "인도받은 우편물을 개봉할 권한은 법원에 속한다." "개봉의 지연으로 말미암아 조사가 위태롭게 되지 않도록 하는 데 필요한 경우에 법원은 개봉 권한을 검찰에 위임할 수 있다." 그 위임에 불복할 수 없다; 위임은 언제든지 철회할 수 있다. 제2문에 따른 명령이 없으면, 검찰은 인도받은 우편물을, 특히 봉함된 우편물은 봉함된 채 그대로 법원에 즉시 제출한다.

10. 전기통신감청

제100조e 제100조a 내지 제100조c에 따른 조치의 절차

(1) 제100조a에 따른 조치는 검찰의 신청이 있는 경우에만 법원이 명할 수 있다. 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에 검찰도 명령을 할 수 있다. "검찰의 명령은

3근무일 이내에 법원의 승인을 받지 못하는 한도에서 효력을 잃는다." 명령의 기간은 최대 3개월이다. 연장은 기존의 수사결과를 고려하여 명령의 요건이 존속하는 한도에서 매번 3개월 이내로 허용된다.

(2) 아래 참조.

(3) 명령은 서면으로 한다. 명령의 재판 주문에는 다음 각 호의 사항을 기재해야 한다.

1. 가능한 한, 조치가 대상으로 삼는 대상자의 이름과 주소.
2. 조치를 명한 근거가 되는 범죄혐의.
3. 조치의 종류와 범위, 기간, 종료시점.
4. 조치로써 수집하려는 정보의 종류와 그 정보가 형사절차에서 갖는 의미.
5. 제100조a에 따른 조치에서는 전화번호나 그 밖에 감청하려는 통신장치의 다른 표지 또는 단말기가 동시에 다른 단말기에 속해 있다는 것이 일정한 사실에서 드러나지 않는 한 그 단말기의 다른 표지; 제100조a 제1항 제2문과 제3문에 해당하는 사안에서는 침입해야 하는 정보기술 시스템의 가능한 한 정확한 표시.
6. 제100조b에 따른 조치에서는 데이터를 수집해야 하는 정보기술 시스템의 가능한 한 정확한 표시.
7. 제100조c에 따른 조치에서는 감청하려는 주거 또는 감청하려는 주거공간.

(4) 제100조a 내지 제100조c에 따른 조치의 명령 또는 연장의 이유에서는 그 요건과 중요한 고려 관점을 설시해야 한다. 특히 개별 사안과 관련하여 다음 각 호의 사항을 기재해야 한다.

1. 혐의의 근거가 되는 일정한 사실.
2. 조치의 필요성과 비례성에 관한 중요한 고려사항.
3. 제100조c에 따른 조치에서는 제100조d 제4항 제1문의 사실적 근거.

(5) 명령의 요건이 더 이상 존재하지 않으면, 그 명령에 근거한 조치는 지체 없이 종료해야 한다. 그 발령 법원에는 조치의 종료 후에 그 결과를 알려야 한다. 제100조b와 제100조c에 따른 조치에서는 그 발령 법원에 조치의 경과도 알려야 한다. 명령의 요건이 더 이상 존재하지 않으면, 이미 검찰에 의하여 조치가

중단된 것이 아닌 한, 법원은 그 중단을 명해야 한다.

제100e조 제2항

(2) 제100조b와 제100조c에 따른 조치는 검찰의 신청이 있는 경우에만 검찰 소재지를 관할하고 법원조직법 제74조a 제4항에 규정된 지방법원 합의부에서 명할 수 있다. "지체하면 위험할 우려가 있는 경우에 이 명령은 재판장도 할 수 있다." 재판장의 명령은 3근무일 이내에 형사합의부의 승인을 받지 못하는 경우에 효력을 상실한다. 그 명령의 기간은 최대 1개월이 다. 연장은 기존의 수사결과를 고려하여 명령의 요건이 존속하는 한도에서 매번 1개월 이내로 허용된다. 명령의 기간이 총 6개월로 연장되었으면, 추가 연장에 관하여는 고등법원이 재판한다.

11. 주거 외에서 음성감청

제100f조 주거공간 밖의 감청

(1) 누군가가 제100조a 제2항에 규정된 범죄를 정범 또는 공범으로서 개별 사안에서도 중대하게 평가되게 저질렀다거나 "미수를 처벌하는 사안에서 실행에 착수했다는 혐의의 근거가 되는 일정한 사실이 인정되고" "사실관계의 조사 또는 피범행혐의자 소재의 파악이 다른 방법으로는 성공할 가망이 없거나 현저히 곤란할 것으로 예상되는 경우에는, 주거 밖에서 비공개로 하는 말을 기술적 수단을 통해 그 당사자가 모르게도 감청하고 기록할 수 있다."

(2) 조치는 피범행혐의자에 대하여만 할 수 있다. 피범행혐의자 아닌 사람에 대하여는 그 사람이 피범행혐의자와 연락하고 있거나 그런 연락을 할 것이어서 그 사람에 대하여 제1항의 조치를 하는 것 외의 다른 방법으로는 "사실관계의 조사 또는 피범행혐의자 소재의 파악이 성공할 가망이 없거나 현저히 곤란하리라는 것이 일정한 사실에 근거해 인정되는 경우에만 그 조치를 명할 수 있다."

(3) 조치는 제3자가 불가피하게 관련되는 경우에도 실행할 수 있다.

(4) 제100조e 제1항, 제3항, 제5항 제1문을 준용한다.

제100e조 (1) 제100a조에 따른 조치는 검찰의 신청이 있는 경우에만 법원이 명할 수 있다. “지체 시 위험의 우려가 있는 경우에는 검찰도 명령을 할 수 있다.” 검찰의 명령은 3근무일 이내에 법원의 승인을 받지 못하는 한도에서 효력을 잃는다. 명령의 기간은 최대 3개월이다. 연장은 기존의 수사결과를 고려하여 명령의 요건이 존속하는 한도에서 매번 3개월 이내로 허용된다.

12. 통신사실확인자료 수집

제101a조 (재판; 데이터의 표시와 분석; 통신접속정보의 수집과 관련한 통지의무)

(1) 제100조g에 따라 통신접속정보를 수집하는 데에는 아래 각 호를 모두 충족하는 조건 하에 제100조a 제3항, 제4항과 제100조e를 준용한다.

1. 제100조e 제3항 제2문에 따른 재판 주문에서는 전달할 데이터와 이를 전달해야 하는 기간을 명확히 기재해야 하고,
2. 제100조a 제4항 제1문에 따라 정보제공 의무가 있는 사람은 자신이 전달한 데이터 중에서 어느 것이 통신법 제113조b에 따라 저장되었는지를 통지해야 한다.

제100조g 제2항에 해당하는 사안에서, 제100조g 제3항 제2문 중 제2항 부분에 해당하는 사안에서도, 제1문과 달리 제100조e 제1항 제2문을 적용하지 않는다. 제100조g 제3항에 따른 기지국 조회와 관련해서는 제100조e 제3항 제2문 제5호와 달리 장소와 시간이 좁게 제한되고 충분히 특정된 통신명칭으로 충분하다.

제100a조 제3항과 제4항

(3) 명령은 피범행혐의자에 대하여 하거나 다른 사람에 대하여는 그 사람이 피범행혐의자에 대한 통지나 피범행혐의자에게서 비롯한 통지를 “수령하거나 전달한다는 것 또는 그의 통신장치를 피범행혐의자가 이용한다는 것이 일정한 사실에 근거해 인정되는 경우에만 할 수 있다.”

(4) “통신의 감청과 녹음 명령에 근거해서는 전기통신서비스제공업자 또는 전기통신서비스제공업에 종사하는 사람은 법원, 검찰과 경찰직무 수행의 검찰수사관

(법원조직법 제152조)에 게 이 조치들을 할 수 있게 하고 필요한 정보를 지체 없이 제공해야 한다." "이를 위하여 보호조치를 해야 하는지 여부와 그 범위는 전기통신법과 전기통신감청령에 따른다." "제95조 제2항을 준용한다."

제100e조 (1) 제100a조에 따른 조치는 검찰의 신청이 있는 경우에만 법원이 명할 수 있다. "지체하면 위험할 우려가 있는 경우에 검찰도 명령을 할 수 있다." 검찰의 명령은 3근무일 이내에 법원의 승인을 받지 못하는 한도에서 효력을 잃는다. 명령의 기간은 최대 3개월이다. 연장은 기존의 수사결과를 고려하여 명령의 요건이 존속하는 한도에서 매번 3개월 이내로 허용된다.

제1001a조 제1항 제1문에서 제100e조를 일반적으로 준용하고 있으므로 통확자료의 수집은 기본적으로 법관유보가 적용된다. 또한 여기에도 지체의 위험이 있는 경우 검사의 긴급명령권이 적용되고 3일 이내에 법관의 승인을 받지 못하면 그 명령은 효력을 잃는다(제100e조 제1항 제2문).

하지만 이러한 기본원칙에 제101a조 제1항 제2문으로 저장되어 있는 데이터와 관련하여 예외가 존재한다. 기본적인 법관유보는 제100g조 제1항내지 제3항에 따른 모든 제한처분에 적용되지만, 지체의 위험이 있는 경우 검사의 긴급명령권은 제100g조 제1항에 따른 통확자료의 수집과 제100g조 제3항 제1문에 따른 통신기지국수사에만 적용된다. 제100e조 제1항 제3문에서 검사의 긴급명령권은 3일 후 법관의 승인이 없으면 자동으로 효력을 상실한다. 제100e조 제1항 제2문과 제3문의 지체의 위험 규정의 수용은 제101a조 제1항 제2문에 따르면 이에 대해서 제100g조 제2항의 사례에서는, 제100g조 제3항 제2문과 관련해서도 저장데이터에 대한 접근과 관련된 통신기지국수사에서도 배제된다. 의무적으로 저장되어야 하는 통확자료의 수집의 이러한 두 가지 사례에서 따라서 지체의 위험을 이유로 한 검찰의 긴급명령은 가능성은 존재하지 않는다. 따라서 "절대적 법관유보"(absoluter Richtervorbehalt)에 해당된다. 이것은 정당해 보인다. 왜냐하면 이 경우에는 전기통신법 제113b조 제1항에 따라 10주간 원인 없이 데이터가 저장되므로 즉시 긴급명령이 필요한 통신료정산목적의 경우보다 신속한 데이터의 상실 위험으로 위협되지 않기 때문이다.

13. 주거 외에서의 기타 처분

제100조h 주거공간 밖에서 하는 추가 조치

(1) "사실관계의 조사 또는 피범행혐의자 소재의 파악이 다른 방법으로는 성공할 가망이 적거나 곤란할 것으로 예상되는 경우에," 다음 각 호의 행위를 그 대상자가 모르게도 주거 밖에서 할 수 있다.

1. 촬영을 하는 행위
2. 그 밖에 특히 감시 목적을 위하여 정해진 기술적 수단을 이용하는 행위

제1문 제2호에 따른 조치는 조사대상이 중대한 범죄인 경우에만 허용된다.

(2) 조치는 피범행혐의자에 대하여만 할 수 있다. 피범행혐의자 아닌 사람에 대하여는

1. 제1항 제1호에 따른 조치는 "사실관계의 조사 또는 피범행혐의자 소재의 파악이 다른 방법으로는 성공할 가망이 거의 없거나 현저히 곤란할 것으로 예상되는 경우에만 허용되고,"
2. 제1항 제2호에 따른 조치는 그 사람이 피범행혐의자와 연락하고 있거나 그런 연락을 할 것이어서 "사실관계의 조사 또는 피범행혐의자 소재의 파악을 위한 목적에서 그 조치가 필요하고 그 목적이 다른 방법으로는 성공할 가망이 없거나 현저히 곤란하리라는 것이 일정한 사실에 근거해 인정되는 경우에만 허용된다."

(3) 조치는 제3자가 불가피하게 관련되는 경우에도 실행할 수 있다

제100h조에 따른 기술적 수단의 이용은 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)의 관할이다. 기술적 수단의 설치는 제100b조 제2항을 준용하고 있지 않지만 문서로 기록되어야 한다.

제100i조 이동통신기기에 대한 수사상 기술적 조치

(1) 누군가가 정범 또는 공범으로서 개별 사안에서도 중대한 범죄, 특히 제100조a 제2항에 규정된 범죄를 저질렀다거나, 미수를 처벌하는 경우에는 실행에 착수했다거나 또는 다른 범행을 수단으로 예비했다는 혐의가 일정한 사실에 근거해

인정되면, “사실관계의 조사 또는 피범행혐의자 소재의 파악을 위하여 필요한 경우에 한하여, 다음 각 호의 사항을 기술적 수단을 통해 수사할 수 있다.”

1. 이동통신기기의 기기번호와 그 기기에 내장된 카드의 번호
2. 이동통신기기의 위치

(2) 제3자의 개인정보는 제1항에 따른 조치의 기회에 이를 수집하는 것이 기술적인 이유로 제1항의 목적 달성에 불가피한 경우에만 그 수집이 허용된다. 찾고자 하는 기기번호와 카드번호를 수사하기 위하여 데이터 비교조사를 하는 범위 내에서만 제3자의 개인정보를 이용해야 하고 그 조치의 종료 후 지체 없이 삭제해야 한다.

(3) 제100조a 제3항, 제100조e 제1항 제1문 내지 제3문, 제3항 제1문, 제5항 제1문을 준용한다. 명령의 기간은 6개월 이내로 정해야 한다. 제1항에 정한 요건이 존재하는 한 그 기간을 매회 6개월 이내에서 연장할 수 있다.

14. IMSl-Catcher

임치 캐처 설치의 명령의 관할은 법원(제162조, 제169조), 지체의 위험이 있는 경우 검찰이다 (제100i조 제3항 제1문 및 제100e조 제1항 제1문과 제2문). 검찰의 긴급명령은 3일 이내에 법관의 승인을 받지 못하면 효력을 상실한다. 그 때까지 확보한 정보는 사용될 수 있다 (제100e조 제1항 제3문). 법원 및 검찰의 명령은 문서로 해야 하면(제100i조 제3항 제1문과 제100e조 제3항 제1문). 명령의 기간은 6개월로 정해져 있고 연장할 수 있다.

제100j조 보유데이터의 제공

(1) “사실관계의 조사 또는 피범행혐의자 소재의 파악을 위하여 필요한 경우에 통신서비스의 제공사업자 또는 협력사업자에게 통신법 제95조, 제111조에 따라 취득한 데이터의 제공을 요구할 수 있다”(통신법 제113조 제1항 제1문). 제1문에 따른 제공요구가 단말기에 대한 접근 또는 이 단말기 내에 설치되어 있거나 이 단말기와 공간적으로 분리된 저장장치에 대한 접근을 보호하는 데이터(통신

법 제113조 제1항 제2문)와 관련되어 있으면, 그 정보는 데이터의 이용에 관하여 법률에 규정된 요건이 인정되는 경우에만 요구할 수 있다.

(2) 제1항에 따른 정보제공은 일정한 시간에 할당된 인터넷 프로토콜 주소에 기초하여서도 요구할 수 있다(통신법 제113조 제1항 제3문, 제113조c 제1항 제3호).

(3) 제1항 제2문에 따른 정보제공 요구는 검찰의 신청이 있는 경우에만 법원이 명할 수 있다. 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에 검찰 혹은 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다. 이 경우에는 지체 없이 법원의 재판이 보완돼야 한다. 제1문 내지 제3문은 그 대상자가 정보제공 요구 사실을 이미 알고 있거나 알 수 있었던 경우 또는 데이터의 이용이 이미 재판에 의하여 허가된 경우에는 적용하지 않는다. 제4문에 따른 요건이 인정된다는 것은 기록에 기재해야 한다.

(4) 그 대상자에게는 제1항 제2문, 제2항에 해당하는 사안에서 정보제공 사실을 통지해야 한다. 통지는 정보제공의 목적을 해하지 않는 한도에서 즉시 해야 한다. 통지가 제3자나 그 대상자 자신의 보호가치 있는 중대한 이익에 반하는 때에는 통지를 하지 않는다. 제2문에 따라 통지가 보류되거나 제3문에 따라 통지를 하지 않는 경우에 그 사유는 기록에 기재해야 한다.

(5) 통신서비스의 제공사업자 또는 협력사업자는 제1항 또는 제2항에 따라 정보제공을 요구받으면 정보제공에 필요한 데이터를 지체 없이 전달해야 한다. 제95조 제2항을 준용한다.

제100j조 제1항 제1문 통신가입자의 통신자료

일반적인 제한 요건 §§ 161, 163 (Bär MMR 2013, 700 (702)). 법관유보가 아니다.

제1항 제2문에 따른 정보요청과 관련한 제3항의 법관유보 규정으로 법관의 동의 없이는 당사자의 데이터에 비밀리에 접근할 수 없다는 것을 확실히 한 것이다.

법관유보의 구성은 비밀처분의 경우 권리보호를 강화한다, 특히 클라우드 서비스의 접근 가능성의 관점에서, 구체적인 단말기로 제한되는 접근가능성 없이. 왜냐하면 외부의 저장매체에 가령 구글 드라이브, 드롭박스, LiveDrive, SkyDrive, Telekom Cloud

와 같은, 가정의 PC, 특히 다양한 랩톱, 타블렛, 스마트폰으로 접근할 수 있기 때문에, 언제나 그리고 타인의 컴퓨터에서 데이터를 확보하기 위해서 그리고 경우에 따라서 증거방법으로써 사용하기 위해서. 단말기에서 접근데이터를 읽는 것은 충분하다.

관할 법원이 적시에 연락이 닿을 수 없는 경우에는 제1항 제2문에 상응하게 명령을 내리기 위해서, 제3항 제2문은 검찰이나 검찰수사관(법원조직법 제152조)의 긴급명령권을 규정하고 있다. 그러한 점에서 이 규정은 가령 제100a조에 따른 전기통신의 감청처분과 관련하여 제100b조 제1항 제2문보다 더 넓다. 이것은 또한 여기서의 처분의 상당히 경미한 제한의 정동[상응한다. 이와는 상관없이 그러한 사례에서 검찰의 명령이나 검찰수사관의 명령에 대해서 법원의 판단이 지체 없이 행해져야 한다(제3항 제3문]. 법원의 판단을 적시에 받지 못하는 경우 그 결과가 무엇인지는 법률은 규정하고 있지 않는다. 하지만 제100b조 제1항 제3문에 따른 비교 가능한 사안에서 거기에 있는 사례들에서 3일 이후의 효력 무효가 명령되어 있으므로 검찰의 긴급명령은 이 경우에 자동적으로 효력이 없어지지는 않는다. 하여튼 사용금지의 존재가 인정되지 않는다. 이에 대해서 일반적으로 사용금지가 존재한다, 처분의 이행 시 알고서 의도적으로 법관유보를 위반한 경우에는.

독자적인 법관의 결정은 다음의 경우에는 예외적으로 불필요하다(Rn.28). 접근보안코드의 이용이 이미 법관의 판단을 통해서 허용되어 있는 경우에는, 예를 들어 이에 상응한 보안장치 되어 있는 데이터의 압수결정을 통하여 또는 당사자가 제출요청을 알고 있거나 알아야 했던 경우에는.(제3항 제4문).

혐의자 및 다른 사람의 사람, 물건, EDV 시설 수색(형소법 제102조, 제103조 제1항과 제105조 제1항 제1문)

제102조 피의자와 관련한 수색

“범죄의 정범이나 공범 또는 데이터장물죄, 범죄비호죄, 범인은닉죄, 장물죄의 혐의가 있는 사람과 관련하여 주거와 그 밖의 공간, 신체와 그에게 속하는 물건에 대한 수색은 그의 체포를 위하여 뿐만 아니라 그 수색을 통해 증거방법을 발견할 것으로 추정되는 경우에도 이를 실시할 수 있다.”

제103조 그 밖의 사람과 수색

(1) “그 밖의 사람에 관한 수색은 오로지 피범행혐의자의 체포, 범행 흔적의 추적 또는 일정한 대상물의 압수를 위하여만, 그리고 그 추적 중인 사람, 범행 흔적 또는 물건이 수색할 장소 내에 있다고 추론하게 하는 사실이 인정되는 경우에 한하여 허용된다.” “형법 제89조a 또는 형법 제89조c 제1항 내지 제4항의 범죄 또는 형법 제129조a, 형법 제129조b 제1항 중 제129조a 부분의 범죄 또는 이 조항에 규정된 범죄 중 하나를 저질렀다는 현저한 혐의가 있는 피범행혐의자의 체포를 목적으로 하여 주거와 그 밖의 장소에 대한 수색은 그 장소들이 건조물 내에 위치하고 그 내부에 피범행혐의자가 체류한다는 것이 사실에 근거해 인정되는 경우에도 허용된다.”

제104조 장소에 대한 야간 수색

(1) 야간에는 주거, 사무실 그리고 관리하는 부동산은 현행범을 추적하는 경우 또는 지체하면 위험할 우려가 있는 경우 또는 도주한 피구금자를 다시 체포하기 위한 경우에 한하여 수색할 수 있다.

(2) 제1항의 제한은 야간에 누구나 출입할 수 있는 장소 또는 형의 선고를 받은 사람의 은신처나 집결장소, 범죄를 통해 얻은 물건의 저장소, 도박, 금지된 마약류나 무기의 거래, 성매매의 은신처로 경찰에 알려진 장소에는 적용하지 않는다.

(3) 야간은 4월 1일부터 9월 30일까지에는 오후 9시부터 오전 4시까지를, 10월 1일부터 3월 31일까지에는 오후 9시부터 오전 6시까지를 뜻한다.

제105조 수색 절차

(1) 수색은 법관만이 명할 수 있고, 지체시 위험의 우려가 있는 경우에는 검찰 혹은 검찰수사관(법원조직법 제152조)이 명할 수 있다. 제103조 제1항 제2문에 따른 수색은 법관이 명한다; 검찰은 지체 시 위험의 우려가 있는 경우에 이를 할 수 있다.

(2) “주거, 사무실 또는 관리하는 부동산에 대한 수색이 법관 또는 검사의 참관 없이 실시되는 경우에는 가능한 한 그 지역의 지방자치단체 공무원 1인 또는

주민 2인이 참관해야 한다.” “경찰공무원이나 검찰수사관은 수색에 참관할 지방자치단체 주민이 될 수 없다.”

15. 특정 피의자를 대상으로 한 비밀 수사관의 투입

제110조b 비밀수사관의 투입 절차

(1) 비밀수사관의 투입은 검찰의 승인을 받은 후에서야 허용된다. 지체하면 위험할 우려가 있고 검찰의 판단을 적시에 받을 수 없으면, 지체 없이 그 투입을 해야 한다; 검찰이 3근무일 이내에 승인을 하지 않는 경우에 그 조치를 종료해야 한다. 검찰의 승인은 서면으로 해야 하고 기간을 정해야 한다. 투입 요건이 존속하는 동안에는 기간의 연장이 허용된다.

(2) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 비밀수사관의 투입에 법원의 승인을 받아야 한다.

1. 특정한 피범행혐의자를 대상으로 투입하는 경우
2. 일반인에 개방되지 않은 주거에 비밀수사관이 들어가는 경우

지체하면 위험할 우려가 있는 경우에 검찰의 승인만으로도 충분한다. 검찰의 판단을 제때에 받을 수 없으면, 지체 없이 그 투입을 해야 한다. 법원이 3근무일 이내에 승인하지 않는 경우에 그 조치를 종료해야 한다. 제1항 제3문과 제4문을 준용한다.

(3) 비밀수사관의 신원은 투입의 종료 후에도 계속하여 비밀로 할 수 있다. 투입에 관한 승인을 관할하는 검찰과 법원은 그 신원을 자신에게 밝힐 것을 요구할 수 있다. 그 밖에는 제96조에 따라 형사절차에서 신원의 비밀유지가 허용되고, 특히 그 신원을 밝히는 것이 비밀수사관이나 다른 사람의 생명, 신체 또는 자유를 위태롭게 하거나 비밀수사관의 계속적인 활용 가능성을 위태롭게 할 것이라는 염려에 대한 근거가 있는 때에 그러하다.

16. 일반인이 개방되지 않은 주거에 비밀수사관이 출입하는 경우

운전면허증의 잠정적 박탈 Vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (§111 a

Absatz 1Satz 1StPO)

제111a조 운전면허의 잠정적인 박탈

(1) 운전면허가 박탈될 것이라고(형법 제69조) 인정할 만한 현저한 사유가 있으면, 법관은 결정으로 피범행혐의자의 운전면허를 잠정적으로 박탈할 수 있다. 잠정적인 박탈의 대상에 서 일정한 종류의 자동차를 제외하는 것은 이로 말미암아 그 조치의 목적이 위협받지 않을 것이라고 인정할 만한 특별한 사정이 있는 경우에 할 수 있다.

Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung eines Beschuldigten oder Zeugen bei einer Straftat von erheblicher Bedeutung (§ 131 a Abs. 3 mit § 131 c Abs. 1 Satz 1 StPO);

제131a조 소재수사를 위한 지명수배

(1) 피범행혐의자 또는 증인의 소재수사를 위한 지명수배는 그 소재를 알지 못하는 경우에 명할 수 있다.
(2) 제1항은 피범행혐의자의 지명수배가 운전면허증의 확보, 식별활동, 디엔에이 분석의 실시 또는 피범행혐의자 신원확인에 필요한 한도에서 피범행혐의자의 지명수배에서도 마찬가지다.
(3) 중대한 범죄와 관련해서는 피범행혐의자가 범행을 저질렀다는 현저한 혐의가 있고 다른 방식으로는 소재수사가 성공할 가능성이 매우 낮거나 현저히 곤란할 경우에 피범행혐의자 또는 증인의 소재수사를 위한 지명수배에 근거해 공개수배도 명할 수 있다.

제131c조 수배조치의 명령과 승인

(1) 제131조a 제3항과 제131조b에 따른 수배는 법관만이 명할 수 있고, 지체 시 위험의 우려가 있는 경우에 검찰 혹은 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다. 제131조a 제1항과 제2항에 따른 수배는 검찰의 명령을 필요로 한다;

지체하면 위험할 우려가 있는 경우에 그 수배는 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명하는 것이 가능하다.

(2) 전자매체로 지속적인 공개를 하는 경우와 방송 또는 정기간행물로 반복적인 공개를 하는 경우에 제1항 제1문에 따른 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)의 명령은 1주일 내 법관의 승인을 받지 못한 경우 그 효력을 잃는다. 또한 검찰수사관(법원조직법 제152조)의 수배명령은 1주일 내 검찰의 승인을 받지 못하면 그 효력을 잃는다.

제132조 담보제공, 송달영수인

(1) 범행을 저질렀다는 현저한 혐의가 있는 피범행혐의자가 이 법률의 적용범위 내에 일정한 주소나 거소는 없으나 구속명령의 요건은 존재하지 않으면, 형사절차의 진행을 확보하기 위하여 피범행혐의자에게 다음 각 호의 행위를 명할 수 있다.

1. 예상되는 벌금형과 절차비용을 위한 적절한 담보를 제공할 것.
2. 해당 법원의 관할구역에 거주하는 사람에게 송달영수에 관한 권한을 수여할 것.

제116조a 제1항을 준용한다.

(2) 명령은 법관만이 할 수 있고, 지체 시 위험의 우려가 있는 경우에는 검찰 혹은 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다.

(3) 피범행혐의자가 명령에 따르지 않으면, 피범행혐의자가 소지하거나 소유하고 있는 운송수단이나 다른 물건을 압류할 수 있다. 제94조와 제98조를 준용한다.

제163조d 검문에서 수집한 데이터의 저장과 비교조사

(1) 다음 각 호의 어느 하나를 저질렀다는 혐의가 일정한 사실로써 뒷받침되면, 국경경찰이 검문하면서, 제1호의 경우에는 제111조에 따른 검문을 하면서 수집한 신원에 관한 데이터와 범행의 규명 또는 범인의 체포에 중요할 수 있는 제반 사정에 관한 데이터는 그 이용이 범인을 체포하거나 범행을 규명할 수 있고 그 조치가 사안의 중대성에 비하여 비례성을 벗어나지 않는다는 인정을 정당화하는 사실이 있는 경우에 이를 전산자료에 저장할 수 있다.

이는 제1문의 경우에 여권과 신분증이 자동으로 판독되는 때도 마찬가지다. 데이터의 전달은 형사소추관청에만 할 수 있다.

1. 제111조에 규정된 범죄
2. 제100조a 제2항 제6호 내지 제9호, 제11호에 규정된 범죄

(2) 제1항에 규정된 종류의 조치는 법관만이 명할 수 있고, 지체 시 위험의 우려가 있는 경우에는 검찰 혹은 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다. 검찰 또는 검찰수사관이 명령을 했으면, 검찰은 지체 없이 법관에게 그 명령의 승인을 신청한다. 제100조e 제1항 제3문을 준용한다.

제163조e 경찰 검문 시의 관찰수배

(1) 경찰 검문의 기회에 인적사항의 확인이 허용되는 관찰수배는 중대한 범행을 저질렀다고 인정할 충분한 사실적 근거가 있는 경우에 명할 수 있다. 명령은 피범행혐의자만을 대상으로 하고, 사실관계의 조사 또는 범인 소재지의 파악이 다른 방법으로는 성공할 가능성이 매우 낮거나 현저히 곤란할 경우에만 할 수 있다. 피범행혐의자가 아닌 사람을 대상으로 하는 조치는 그 사람이 범인과 연락하고 있거나 그런 연락을 하리라는 것과 그 조치가 사실관계의 조사 또는 범인 소재지의 파악을 가능하게 하며 다른 방식으로는 성공할 가능성이 매우 낮거나 현저히 곤란할 것이 인정되는 경우에만 허용된다.

(4) 경찰에 의한 관찰을 위한 수배는 법원만 명할 수 있다. 지체 시 위험의 우려가 있는 경우에는 검찰도 이를 명할 수 있다. 검찰은 명령을 했으면 지체 없이 법원에 명령의 승인을 신청한다. 제100조e 제1항 제3문을 준용한다. 명령의 기간은 최장 1년을 넘지 못한다. 매회 3개월을 초과하지 않는 기간 내의 연장은 명령의 요건이 존속하는 경우에 허용된다.

17. 장기감시

제163조f 장기감시

(1) 중대한 범행을 저질렀다고 인정할 충분한 사실적 근거가 존재하면, 계획을 세워

실행하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피범행혐의자 관찰을 명할 수 있다(장기감시).

1. 연속하여 24시간 이상 지속해야 하는 또는
2. 2일 이상에 걸쳐 해야 하는 조치는 사실관계의 조사 또는 범인 소재지의 파악이 다른 방식으로는 성공할 가능성이 매우 낮거나 현저히 곤란할 경우에만 명할 수 있다. 피범행혐의자 아닌 사람을 대상으로 하는 조치는 그 사람이 범인과 연락하고 있거나 그런 연락을 하리라는 것과 그 조치가 사실관계의 조사 또는 범인 소재지의 파악을 가능하게 하며 다른 방식으로는 성공할 가능성이 매우 낮거나 현저히 곤란할 것이 일정한 사실에 근거해 인정되는 경우에만 허용된다.

(2) 조치는 제3자가 불가피하게 관계되어 있는 경우에도 실행할 수 있다.

(3) 조치는 법원만이 명할 수 있고, 지체하면 위험할 우려가 있는 경우에는 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다. 검찰 또는 검찰수사관의 명령은 3근무일 내에 법원의 승인을 받지 못하면 효력을 잃는다. 제100조e 제1항 제4문, 제5문, 제3항 제1문을 준용한다.

(4) (삭제)

2008년 1월 1일 이후 법관유보가 도입되었다. 이 명령은 구법원 수사판사가 명한다(제162조, 예외 제169조).

[부록 표] 독일의 개별적 처분 현황

처분	범죄 혐의	원인범죄	보충성	핵심 영역 보호	명령 권한	권리 보호	정보 제공 및 삭제 의무
제94조 제97조 제99조	특정한 사실	모든 범죄	없음	없음 (제160a조, 제97조만)	법원	제101조 제7항 제2문	유치가 필요 없는 경우 지체 없이 전달 + 제101조
제98a조	충분한 사실상의 근거	6개 범죄유형	현저히 결과를 약속하기 어렵거나 본질적으로 어려운 경우	없음 (제160 a조만)	법원	제101조 제7항 제2문	제101조
제100a조	특정한 사실	11개 목록범죄 + 개별적으로 중대한 경우	다른 처분이 본질적으로 어렵거나 가망 없는 경우	제100a조 제4항 제1문	제100b조 법원, 긴급한 경우 검사	제101조 제7항 제2문	제101조
제100c조	특정한 사실	11개 범죄목록 + 개별적으로 중대한 경우	다른 처분이 본질적으로 어렵거나 가망 없는 경우, 피의자만	제100c조 제4항, 제5항, 제6항 제2문	제100d조 지방법원 합의부, 법원 조직법 제74a조 긴급한 경우 재판장	제101조 제7항 제2문	제101조
제100g조	특정한 사실	중대한 의미의 범죄 + 개별적으로 중대한 범죄 또는 전기통신 수단범죄	제100g조 제1항 제1문 2호 및 제2문. 소재지 수사 그렇지 않으면 가망 없는 경우, 제100g조 제1항 제1문 제1호 실시간 안 됨 수사를 취해서 필요한 경우	없음 (제160 a조만)	제100b조 수사판사, 긴급한 경우 검찰	제101조 제7항 제2문	제101조

[부록 표] (계속)

처분	범죄 혐의	원인범죄	보충성	핵심 영역 보호	명령 권한	권리 보호	정보 제공 및 삭제 의무
제100h조	피의자에 대한 규정 없음; 다른 사람: 제1항 1호 규정 없음, 제1항 제2호 특정한 사실 피의자와 접속	제1항 제1호 모든 범죄 제1항 제2호 중요한 의미의 범죄	제1항 제1호 그렇지 않은 현저하게 성공할 수 없거나 본질적으로 어려운 경우 제1항 제2호	규정 없음 (제160 a조만)	경찰과 검찰	제101조 제7항 제2문	제101조
제100i조	특정한 사실	중대한 의미 + 개별적으로 중대한 경우	제1항 필요성 제2항 기술적 불가피성	없음 (제106 a조만)	제100i조 제3항과 제100b조 법원, 긴급한 경우 검찰	제101조 제7항 제2문	제101조
제94조 제110조 제3항	특정한 사실	중요한 의미 + 개별적으로 중대한 경우	제1항	없음 (제160 a조와 제97조)	법원, 긴급한 경우 검찰	제98조 제2항	제101조
제110a조	충분한 사실상 근거	중요한 의미 4개 범죄 + 반복 위험의 경우 모든 범죄	없음	없음 (제160 a조만)	제110b조 제1항 검찰, 긴급사례의 경우는 경찰, 제2항 법원의 동의, 급사사례 검찰	제101조 제7항 제2문	제101조 제110b조 제3항 위장수사관의 신분이 더 비밀로 유지
제161조 제1항 제1문 및 제163조 제2항	충분한 사실상 근거, 제152조	모든 범죄, 제152조	없음	없음 (제160 a조만)	검찰과 경찰	제98조 제2항 유추 및 23 EGGVG	없음
제163d조	특정한 사실; 사실이 추정을 정당화한 경우	처분은 사건과 비례관계	제100a조제 111조 범죄	없음 (제160 a조만)	법원, 긴급사유 검찰과 수사관	제101조 제7항 제2문	제101조

[부록 표] (계속)

처분	범죄 혐의	원인범죄	보충성	핵심 영역 보호	명령 권한	권리 보호	정보 제공 및 삭제 의무
제163e조	충분한 사실상 근거	중요한 의미의 범죄, 피의자만	없음	없음 (제160 a조만)	법원, 긴급 사유 검찰 제 101조	제101조 제7항 제2문	제101조
제163f조	충분한 사실상 근거	중요한 의미의 범죄	다른 방법으로 현저히 성공하기 어렵거나 본질적으로 어려운 경우	없음 (제160 a조만)	법원, 긴급 사유 검찰과 수사관	제101조 제7항 제2문	제101조

연구총서 20-A-09

영장주의의 현대적 한계와 개선방안에 관한 연구

- 수사효율성과 인권보장의 미래지향적 조화를 중심으로 -

발 행 | 2020년 12월
발 행 처 | 한국형사정책연구원
발 행 인 | 한 인 섭
등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호
주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114
전 화 | (02)575-5282
홈페이지 | www.kic.re.kr
정 가 | 10,000원
인 쇄 | 호정씨앤피 02-2272-4718
I S B N | 979-11-89908-79-9 93330

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.